

RECITACIONES DEL DERECHO CIVIL

QUE ESCRIBIO EN LATIN

JUAN GOTTLIEB HEINECCIO,

TRADUCIDAS LIBREMENTE AL CASTELLANO

POR

D. Antonio Maria de Cisneros i Lanuza.

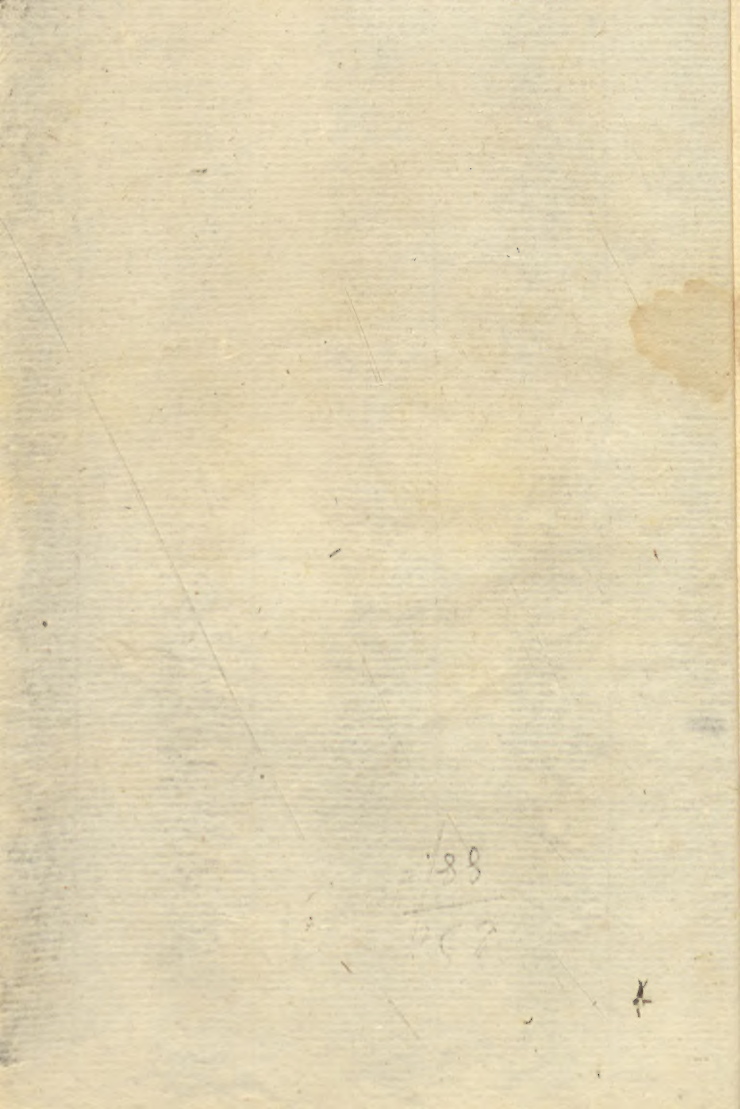
TOMO II.



SEVILLA.

IMPRENTA DE H. DAVILA, LLERA I COMPAÑIA.

1829.



RECITACIONES

DEL DERECHO CIVIL ROMANO,

QUE ESCRIBIÓ EN LATIN

JUAN GOTTLIEB HEINECCIO.

TRADUCIDAS LIBREMENTE AL CASTELLANO

por el Lic. D. A. M. de Cisneros y Lanuza.

TOMO II.

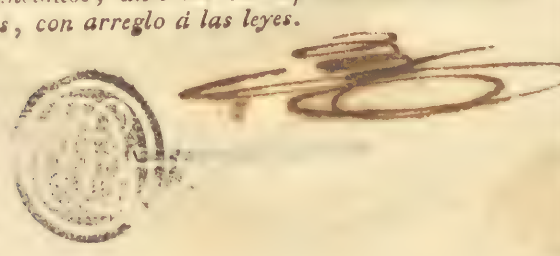


SEVILLA.

IMPRENTA DE H. DAVILA, LLERA Y COMPAÑIA.

1829.

El traductor solo reconoce por suyos los ejemplares que lleven su sello i rúbrica al pie de esta nota: los que carezcan de esta formalidad serán tenidos por furtivos, i como tales denunciados, ante los correspondientes tribunales, con arreglo á las leyes.



LIBRO SEGUNDO.

TITULO I.

De la division de las cosas, i modos de adquirir su dominio.

§. 1.° Preliminar.
§. 2.° Diferencia entre *cosa i dinero*.
§. 3.° Primera division de las cosas.
§. 4.° Subdivision.
§. 5.° i 6.° Cosas *sagradas* : requisitos para que tengan este carácter.
§. 7.° Cosas tenidas por *santas* entre los romanos : á cuales llamaban *relijiosas*.
§. 8.° Las sagradas no estaban en comercio.
§. 9.° Casos en que las sagradas dejaban de serlo.
§. 10.° Cuando pueden enajenarse.
§. 11.° Diferencia entre las *sagradas* i *relijiosas*.
§. 12.° Los *cenotáfios* no eran lugares relijiosos.
§. 13.° Orijen de la voz *santa*.
§. 14.° Los muros de las *ciudades* i *municipios* se consideran santos.
§. 15.° Los primeros cristianos retienen en sus costumbres muchas de estas cosas.

1. Despues de haber tratado en el *libro* 1.º del derecho de las personas, de las condiciones i cualidades distintas de ellas; de las diferencias de unas i otras por razon á los estados que cada cual goza; i ademas del derecho que corresponde con respecto á estas mismas condiciones, el órden propuesto en el §. último del *tít.* 1.º *libro* 1.º, ecsije pasemos al segundo objeto del derecho, que es la materia de este libro 2.º

2. Cosa es *todo lo que ecsiste i puede prestar utilidad al hombre, ya esté en nuestro patrimonio, ya fuera de él.* Por patrimonio los jurisconsultos entienden los bienes heredados por el hijo, i por abuso los bienes que posee i

disfruta cualquier padre de familias. I aunque llaman cosas tanto á las que estan fuera como á las que estan dentro de nuestro patrimonio, con todo, en sentido estricto llaman *pecuniam* ó *dinero*, á las que estan dentro; i comprende esta voz no solo el metálico, sino tambien los esclavos, ganados, campos &c. Por esta razon en las Leyes de las doce Tablas se manda *que el padre de familias disponiendo acerca del dinero, cosas ó tutela de sus hijos, se observe su disposicion como lei* (1). Procede esta denominacion de los antiguos, que constituian sus riquezas en ganados i jumentos (2). Empero lo que puede aumentar nuestro patrimonio i prestar utilidad al hombre, ya esté dentro ó fuera del patrimonio, se llama cosa; asi, el agua, el aire, aun la mar, son cosas, sinembargo de que no estan en patrimonio.

5. Las cosas *ecsisten* ó no *ecsisten*: las que no ecsisten, ó han ecsistido i ya no ecsisten; ó no ecsisten, pero ecsistirán, ó no han ecsistido ni ecsisten: hai ademas unas que son de *derecho divino*, otras de *humano derecho*: aunque las de derecho divino no estan en patrimonio, sinembargo, porque ecsisten i prestan uso á los hombres, con propiedad se llaman *cosas*, no *dinero*. Son de derecho divino todas aquellas que estan ecsentas del comercio de los hombres ó destina-

---

(1) *Lei primera, Tabla V.*

(2) *Llamándose en latin* pecudibus *los primeros, se derivó de esta voz* pecunia, peculium, peculatus, *dinero, pecunia, peculato.*

das al culto de Dios, como las iglesias, ornamentos sagrados, cálices &c. De humano derecho se llaman las que estan en dominio i comercio de los hombres, como los campos, predios, ganados &c. Estas pueden estar dentro ó fuera de nuestro patrimonio.

4. Las divinas se subdividen en *sagradas*, *relijiosas* i *santas*. Solo por semejanza las *santas* se nombran de derecho divino, pues, como veremos, eran santas las murallas i puertas de la ciudad, i estas, sin disputa, estaban en dominio de la república; mas como se dedicaban á los dioses i héroes, las llamaban de derecho divino.

5. Sagradas eran las que *estaban consagradas públicamente á los dioses superiores por los Pontífices ó Príncipes*. Para que se hiciesen sagradas requerian: 1.º *consagracion*, que se practicaba con muchos ritos, sacrificios, holocaustos, ofrendas i ceremonias. Se necesitaba en segundo lugar *que fuese públicamente*. Los antiguos tenian mucho cuidado en que no se introdujesen consagraciones peregrinas, lo que seria dificil evitar si los particulares tuviesen facultad para constituir cosas sagradas (1).

---

(1) Cornelio Népotes, *en la vida de* Alcibíades, *asegura fue este jeneral desterrado por haber celebrado unos misterios que la república no reconocia.* Sócrates *igualmente fue condenado á beber la cicuta, porque no reverenciaba á los dioses de su patria. Entre los romanos se obser-*

6. Lo dicho no quitaba que cada ciudadano, dentro de los muros de sus casas, tuviese cosas sagradas privadamente; Dioses que llamaban *Lares* i *Penates*, á los que podian ofrecer sacrificios i consagrar aras, permaneciendo en comercio, pues les faltaba la consagracion pública: todo lo que privadamente i por autoridad propia consagraba alguno, permanecia profano para el resto de sus conciudadanos. Se requeria precisamente fuesen consagradas por los *Pontífices*; ó *Príncipes* en la última época de la república, pues se reunió el sumo sacerdocio á la autoridad Real (1) i que fuesen dedicadas á los *Dioses superiores*, como Júpiter, Mercurio, Venus, Marte &c.

7. *Santas* eran las que dedicaban á los *héroes*, ó jenios; i *relijiosas*, las que á los *dioses inferiores*, ó á los *manes*, que se reputaban como dioses.

8. Las cosas sagradas no podian estar en co-

---

vó esto con mucha severidad, como lo demuestra el ejemplo de los Bacanales, *que inventados por privados sus misterios, fueron condenados al último suplicio millares de hombres que los celebraron.*

(1) Véase por qué muchos Emperadores cristianos, como el grande Constantino, Graciano, i otros varios, unieron á sus demas dictados el de Sumos Sacerdotes, ó Pontífices Mácsimos, *debiéndose entender este sumo sacerdocio, de la relijion pagana, pero en sus tiempos i mucho antes, esto es, desde Jesucristo hubo Papas, que fueron los sacerdotes supremos de la relijion cristiana.*

mercio, pues por la consagracion salian de él, i se tenian como propias de la divinidad (1). Menos podian obligarse, ni aun admitian estimacion, ni enajenacion, por la razon de que no puede apreciarse lo que no está en comercio de los hombres; no habrá en efecto quien fije precio al aire, aunque dá la vida al hombre, pues no está en comercio, como sucede á las cosas sagradas. Lo que no recibe precio no puede hipotecarse, ni venderse, ni enajenarse por algun otro título; como del mismo ejemplo del aire aparece. Los lugares sagrados permanecian con este carácter indeleble, aun cuando fuesen arruinados.

9. Se esceptuan dos casos. 1.º Si la ciudad era tomada por los enemigos; pues entonces todas las cosas sagradas dejaban de serlo, presumiendo los jentiles, que los dioses, antes que entrásen los enemigos, abandonaban la ciudad. 2.º Si rogaban á los dioses saliesen de sus templos; lo que solia suceder siempre que los enemigos cercaban la ciudad, no fuera profanado el templo, i puesto en lugar del antiguo Dios, otro á quien la república no reconocia.

10. Se consagraban no solo los lugares, sino tambien las cosas muebles, como ornamentos,

---

(1) P. Clodio, *tribuno mui turbulento, se valió de esta estratajema para confiscar á* Ciceron *sus bienes, i que jamas tornasen á su poder, consagrando sus casas á Minerva, pues quedando fuera de todo comercio por la relijion,* Ciceron *no tendria esperanza de recobrarlas.*

vasos sagrados &c.; i todas estas pueden enajenarse ú obligarse para redimir cautivos, alimentar pobres en tiempo de hambre, pagar deudas de la iglesia, i reparar los templos, como espresamente se manda por nuestro derecho patrio.

11. Cosas *relijiosas* eran los sepulcros dedicados á los Dioses manes. Entre las *sagradas* i *relijiosas* habia gran diferencia: las primeras por la pública autoridad se hacian sagradas; las segundas por la de los privados, con solo colocar un cadáver en cualquier cementerio. Aquellas se consagraban, estas sin consagracion se decia las ocupaba la relijion. Las sagradas eran las que se dedicaban á los dioses superiores §. 5.°, las relijiosas, las que á los dioses inferiores ó manes. Sinembargo era necesario: 1.° Que el cadáver que se colocaba, para hacer el lugar relijioso, fuese el de un hombre. 2.° Que la colocacion fuera para siempre. Si se enterraba en lugar ajeno, ó campo público, no por esto se hacia el lugar relijioso, sino era ecsumado el cadáver, i pasado al que le pertenecia. 3.° Que fuese *puro*, ó lo que es lo mismo, que aun no estuviera ocupado por la relijion. Sepultado con anterioridad otro cadáver, el lugar era ya relijioso, i no podia volver á serlo de nuevo por el subsiguiente depósito.

12. De los dicho se sigue que los *cenotafios* no eran lugares relijiosos (1) pues permanecian

---

(1) Cenotáfio *es un sepulcro honorario que*

en comercio, cuando los verdaderos sepulcros estaban esentos del dominio de los hombres, como dedicados á los dioses manes. Bastaba para hacer el lugar relijioso, estubiese en él la cabeza de un hombre, como parte principal del cuerpo; si ocupaba el terreno algun otro miembro, no era tenido por relijioso (1) Cuando se trasladaban las osamentas, ya no era relijioso aquel lugar: sinembargo no podia hacerse uso del sitio sin decreto del Pontifice, ó mandato espreso del Princípe. Se requeria precisamente que el lu-

---

se labra para cierta persona, ó determinada familia, i en el que no está enterrado algun cadáver, i así no es lugar relijioso. Mucho disputaron los antiguos sobre esto, como testifica Virjilio en la Enéida lib. 6.° v. 150; *mas quitó toda duda un rescripto de* Antonio *el Filosofo, i* L. Vero *distingue entre el derecho de sepultura, i el mismo sepulcro; aquel estaba en patrimonio, pudiéndose vender, ó de cualquiera otro modo enajenar; mas el mismo sepulcro no estaba en dominio, creyéndose ocupado por la relijion, de tal suerte, que alrededor del sepulcro en cierta distancia no podia ni aun sembrarse.*

(1) Solo era relijioso el espacio de tierra que ocupaba el cadáver, i cuatro pies en su contorno, pues de lo contrario, todos los campos serian relijiosos, estando una pequeña porcion con algun cadáver. Acostumbraron tambien los romanos quemar sus defuntos, i encerrar las cenizas en urnas funerarias.

gar fuera propio, porque haciéndose relijioso con solo la introducion de un cadáver, dejaba de estar en comercio, por lo que precisaba tuviese el defunto en aquella tierra un derecho sólido i pleno, reuniendo la propiedad i posesion. No habiendo oportunidad de sepultura, el cuerpo podia lícitamente enterrarse en el campo que legaba, no obstante de hacerse relijioso. Si el sepulcro era comun á muchos, podia cualquiera de los condóminos enterrarse en él, aunque los demas compañeros lo repugnasen. Sin permiso del usufructuario, el señor del dominio directo podia elejir sepultura en el campo dado en usufructo.

13. La voz *santa* puede tomarse en dos sentidos; ó por la palabra *sancion*, pues se imponia por sancion del pueblo pena de muerte á los que las violaban, siendo dignos de la animadversion pública los contreventores; ó porque estaban dedicados á los *jenios, héroes* ó *semidioses*, como *Rómulo, Hércules* i algun otro mortal. En el primero los tribunos i legados del pueblo eran *sacrosantos*, sin que ninguno pudiera injuriarlos, ó poner en ellos sus manos con violencia, i el que tal cometia, se condenaba á muerte, como víctima ecseciable dedicada á los dioses infernales.

14. En el segundo eran santos los muros i puertas de la ciudad. Los muros, como se vé en la historia, fueron erijidos con ciertos ritos, i señalados misteriosamente con un arado (1). De

---

(1) *Las formalidades que se observaron en*

aquí ni se permitia reparar los muros de la ciudad, á no anteceder el consentimiento del Príncipe, ni aun edificar en ellos; sino el Pontífi-

---

la fundacion de los muros de Roma, fueron las siguientes. Rómulo empezó haciendo un sacrificio para obligar á los dioses mirasen favorablemente su empresa: concluido, se encendieron fuegos en ciertos parajes del terreno sobre que se iba á edificar, i los artífices destinados para la obra saltaron al traves de las llamas de una hoguera con objeto de purificarse; se abrió en seguida una zanja redonda, en la que se echó un poco de cada una de las cosas que sirven para el sustento del hombre, i cada estranjero de los que tenian ánimo de fijar su domicilio en aquella nueva ciudad, echó en la zanja un puñado de tierra del pais de su naturaleza. La mezcla de todas estas tierras manifestaba la union con que los ciudadanos debian concurrir á mantener la abundancia. Despues de estas primeras ceremonias, se abrió un surco tan profundo como fué posible para indicar la solidez con que debe trabajarse en las fundaciones. Se procuró que la reja del arado fuera de bronce, en señal de la abundancia i fertilidad que se deseaba procurar en la nueva habitacion. Se ató al arado una vaquilla i un toro; aquella al lado de la ciudad para significar que el cuidado de la casa i familia es de cargo de la muger, cuya fecundidad contribuye á engrandecer la república. El toro, símbolo del trabajo i de la abundancia, dió vuelta por la parte

ce ó Príncipe como Pontífice Mácsimo, ordenaba lo que en ellos habia de hacerse (1). En el

---

del campo, para enseñar á los hombres que es de su obligacion el cultivo de las tierras, i procurar la seguridad pública celando lo que puede suceder fuera. Ambos animales fueron blancos, para enseñar á los ciudadanos guardar la inocencia i sencillez de costumbres que indicaba aquel color. Cuando en la vuelta que dió el arado se pasaba por los parajes destinados para las puertas, se levantó la reja con objeto de que la tierra no fuera socabada. Despues de todas estas ceremonias se erijieron los muros, i cuando tuvieron la altura que intentaba Rómulo, se trabajó en las casas. Luego que se acabaron las murallas, se miraron como sagradas é inviolables, castigándose como sacrílego al que se hacia paso habriendo brecha en ellas ó no esponiendo su vida para defenderlas contra el enemigo: efecto maravilloso en la política de Rómulo, que hizo en sus vasallos obligacion de relijion la defensa de su patria.

(1) Hubo Papas en la iglesia desde que Jesucristo la fundó, los que, como en el dia, obtenian por disposicion divina el sumo Pontificado. Mas cuando los Emperadores abrazaron la fé, é hicieron dominante la Relijion Cristiana, aquellos esplicaron su soberana autoridad de una manera pública, i aunque algunos Emperadores Cristianos conservaron la denominacion de Pontífices, ellos sinembargo inducidos i ani-

primer sentido eran santos los muros de la ciudad, pues se castigaba con pena de muerte á los que los violaban saltando por cima de ellos, ó haciendo alguna otra cosa en desprecio de los mismos; siendo el primero que consagró la santidad de los muros de la nueva ciudad (1) con su sangre, *Remo*, hermano de *Rómulo*, i desde entonces tan santos é inviolables fueron las murallas, que hasta la yerba que nacia en el *Po-*

---

mados por la relijion promovieron el bien estar de sus pueblos, i proveyeron á la seguridad de la república, para lo cual se habia instituido entre los Emperadores escénicos un sacerdocio profano.

(1) *Como hubiese* Remo *despreciado la obra trazada por su hermano* Rómulo, *burlandose de la ejecucion de la misma, solo porque en ella no se habia seguido su parecer, mofandose saltó la fosa i muralla de solo un brinco, estando prohivido el hacerlo. La accion pareció temeraria á uno llamado* Fabio *que trabajaba en el mismo sitio que pasó Remo como por insulto, i como Fabio era colérico i rustico con la azada que tenia en las manos hirió al Principe en la cabeza, siendo mortal la herida. Por este medio Rómulo se libertó de un hermano envidioso. Al matador le puso el nombre de* Celer, *esto es*, hombre pronto, demasiado vivo. *Unos dicen, que el mismo se hizo justicia á si propio, desterrandose á* Etruria, *segun otros permaneció en Roma, i no falta quien afirme que el mismo Rómulo fué el matador de su hermano.*

merio (1) se tenia por signo de santidad é inviolabilidad, de suerte que los embajadores enviados á los enemigos llevaban delante un manojo de dicha yerba.

15. Hemos visto lo que disponia el derecho romano respecto á las cosas sagradas, relijiosas i santas, i cuales eran las que tenian estos caractéres. Los primeros cristianos respetaron la mayor parte de este derecho; i asi Justiniano no dudó recopilarlo en el *Cuerpo del derecho*, aunque profesó la relijion cristiana. Constantino Magno todos los templos que edificó al verdadero Dios fueron magníficos i construidos con muchos ritos (2), i sus sucesores retuvieron la misma costumbre. En el siglo 6.° Justiniano consagró el templo de Santa Sofia en Constantinopla del mismo modo.

---

(1) *El vació que quedó entre las murallas i las casas llamaron* Pomerio, *i se prohibió edificar en él.*

(2) *Las iglesias, entre nosotros, siendo edificios construidos para invocar en ellos las misericordias del Omnipotente, es preciso consagrarlas, ó á lo menos bendecirlas. Antes de principiar la construccion de cualquier templo, el obispo ó algun otro por su mandato bendice el sitio i pone una cruz en el lugar en que ha de estar el altar mayor. La consagracion es un acto solemnísimo, i solo el obispo puede hacerla. En la antigua disciplina asistian á la consagracion muchos obispos, aumentando la solemnidad su presencia i sermones.*

16. Hai ademas en el dia *cosas eclesiásticas*, que sirven al culto divino mediata, no inmediatamente; como el erario eclesiástico, fábrica de la iglesia, todo campo ó predio perteneciente á capilla ó monasterio. Estas no sirven inmediatamente á Dios; pero proviniendo de ellas los réditos con que se alimentan los ministros del santuario, se juzgan destinados mediatamente al culto divino. Puédense enajenar con facilidad, ó como llaman los canonistas, *secularizarse*, siendo para utilidad de la misma iglesia, i antecediendo decreto del Papa (1).

17. Las iglesias i demas lugares piadosos, como hospitales, casas de misericordia i correccion, gozan de ciertos privilejios. El que mas les favorece es el de considerarlos como *menores*, constituidos perpetuamente en curatela ó administracion; de aqui sus bienes no pueden enajenarse sin justa causa, debiendo conocerse de ella con anterioridad, cuando se trata de cosas inmuebles, lo mismo que sucede en la enajenacion de las cosas preciosas de los menores.

18. Los sepulcros entre los *protestantes* no son lugares *relijiosos*; sí en la iglesia romana, bendiciéndose antes con aspersion de agua bendita. Aunque entre los primeros no son relijiosos, los reputan por *santos ó inviolables*, castigando con rigor á los que desentierran cadáveres, los despojen de sus mortajás, ó de cualquier

---

(1) *Véanse las leyes* 1, 3, 4, 5, 6, 8 i 22 *del título* 5.º *libro* 1.º *Nov. Recop.*

otro modo se atrevan á deshonrarlos. Tenemos ademas nosotros por *santos*, esto es, establecida pena contra los que de algun modo violen, los templos, curias, edificios públicos, caminos &c. Los muros de la ciudad deben respetarse, i se castiga con pena de muerte al soldado ó paisano que, estando cercada una ciudad ó plaza por los enemigos, quebrantase sus muros ó saltase por cima de las murallas (1). Se reputan por *sagradas todas aquellas cosas que consagran los obispos,* como iglesias, altares, cruces, cálices i otras semejantes establecidas para el servicio de la iglesia. Por *relijiosas*, igualmente todo lugar consagrado ó bendito (2).

19. Hasta el presente hemos hablado de las cosas que llevan el carácter de *divinas*, síguense las de *humano derecho*, que suelen dividirse en *comunes*, *públicas*, de *universidad*, i *particulares*. Procede la subdivision de la filosofía *estóica*, á la que eran mui adictos los jurisconsultos romanos, *tit.* 1.º *lib.* 1.º. Finjian lo estóicos tres clases de repúblicas: una que comprehendia todo el linaje humano, i llamaban *mácsimā*, en la que

---

(1) *Este mismo derecho está ampliado á los palacios en que residen los soberanos, castigándose con el mayor rigor al que dentro de su recinto se atreve á herir, injuriar, dar de bofetadas, de palos &c., faltando al respeto que merece aquel lugar, sagrado por la presencia del monarca.*

(2) *Sala tomo* 1. *lib.* 2. *tit.* 1. *nn.* 7 *i* 8.

imperaban los dioses inmortales; otra *mayor*, compuesta de jentes particulares, en la que dominaban los reyes i sátrapas; otra *mínima*, que la forma todo municipio, ciudad, colejio &c. A la manera que no puede haber república sin bienes, ó cosas ecsistentes en su dominio; asi á cada una de estas figuraban correspondian ciertas i determinadas cosas. Pertenecian á la república *grande* todas las que llamaban *comunes*, como eran las que sirven para el uso del hombre; v. g. el agua potable; la que proviene de las lluvias; el aire, mar &c. A los bienes de la república *mayor*, llamaban *cosas públicas*, como los puertos, rios &c. Finalmente las de las sociedades pequeñas que formaban, p. e., los colejios, llamaban cosas de *universidad*, como eran las curias, teatros, baños &c.

20. Con estos antecedentes se facilita la esplicacion, pues *cosas comunes* eran aquellas cuya propiedad no pertenecia á nadie i su uso era de todos los hombres. Segun los estóicos, no residen en patrimonio privado, sino son comunes á todo ser sensible, como el aire, el agua, el mar, sus orillas &c. De este mismo modo opinaron los jurisconsultos romanos. Empero en el dia se distingue entre el Océano, i el mar; aquel no está en dominio, ni bajo determinado imperio, por cuanto no puede retenerse su posesion, lo que no sucede con parte del mar, segun se vé hoi en el *mar negro*, que su navegacion se permite á ciertas naciones. Hai tambien diferencia entre el imperio i el dominio: el dominio del mar prócsimo á nuestras costas puede vindicarse, prescribirse,

dictarse leyes á los navegantes; imponer contribuciones á los que fondean en los puertos; castigarse á los piratas &c. lo que está admitido, i respetado entre todas las naciones.

21. *Cosas públicas* son las que pertenecen á cierta nacion, i su uso es propio de sus naturales, como los puertos, los rios, sus orillas &c. Ha de observarse que no dejan de ser cosas públicas, aunque se deniegue el uso á los particulares, i se conceda solo al Príncipe, ó sumo imperante, pues basta que el pueblo retenga el dominio aunque el usufructo sea de otro. Puede cada uno renunciar el derecho que le está concedido individualmente, i asi en el dia en muchas partes la esplotacion de minas está prohibida al particular, i estancada á favor del soberano, ó de ciertas personas, sinembargo de ser propias de la república.

22. *Cosas* de universidad son las que su propiedad es de cierta sociedad, aunque su uso es de cada particular, como las plazas públicas, las curias &c., i aun cuando se prohiba á alguno de los miembros de la corporacion el uso, ni se le hará injuria, ni dejará de ser cosa de universidad. Con mas propiedad se dá el nombre de universidad á las que pertenecen á colejio, que á las que á ciudad, porque entre sus individuos todo es comun.

23. Hai gran diferencia entre las *cosas de universidad*, *i las del patrimonio de la ciudad.* Convienen unas i otras en que son de universidad, mas se diferencian en que el uso de las primeras es de todos, i mas las patrimoniales de ninguna ma-

nera: asi, p. e. en Roma, eran públicos los baños, manteniéndolos la república en un estado de lujo, que sus ruinas en el dia son la admiracion de los sabios; estos eran cosas de universidad. Aunque su dominio fuese de toda la ciudad, sinembargo su uso pertenecia á cada ciudadano, pudiendo bañarse i refrijerarse en ellos todo el tiempo que quisiera. Por el contrário en España las ciudades i villas poseen terrenos que llaman *propios*, i forman el patrimonio de los pueblos. Con todo no pueden los naturales usar del campo á su antojo, sino los ayuntamientos los arriendan para con su producto sufragar los gastos de justicias, i demas cargas que sobre sí tienen.

24. De lo espuesto se deduce que la propiedad de las cosas comunes no es de nadie; mas su uso es comun á todos los hombres. El aire i el mar, por su inmensidad i uso jeneral, no han podido dividirse por derecho de jentes, antes sí han permanecido en su ser primario. Son, pues, cosas comunes el aire, el agua corriente, la que proviene de las lluvias, el mar i sus orillas, en las que es lícito descansar, carenar las naves, secar las redes &c.

25. Por derecho de jentes corresponden al hombre: 1.° el uso de todas estas cosas; i si alguna de ellas puede ocuparse, en tanto será del que la posee, en cuanto la retenga en su poder, no perjudicando el uso comun: p. e., de las orillas podemos usar, haciendo en ellas casa ó choza, cuyo dominio no se pierde mientras se ocupe, i se componen las redes, embarcaciones &c., no estorvando la navegacion ó arribada.

2.° Todo lo que se ocupe, tanto en el mar como en sus orillas, es del que lo posee, no absolutamente, sino mientras permanece el edificio, pues derribado se pierde el derecho, i aun antes si se abandona (1).

26. Los rios son comunes á todos aquellos que viven en los pueblos cuyos confines i límites bañan. Hai diferencia entre el rio i el agua corriente. El primero, por cuanto siempre ocupa el mismo álveo, es comun á aquellos que estan arcifinios al propio rio. El agua corriente, por estar en perpetuo curso i pasar al mar, no puede estar en dominio particular, sino comun á todos, lo mismo que el aire.

27. Como los jurisconsultos cimentaron la doctrina espuesta en el derecho de jentes, está en uso lo dicho en todas partes, i en España se observa con mui poca variacion, ocasionada por las revoluciones de los imperios, que han introducido un nuevo derecho de jentes (2). Tambien en el dia muchas cosas que en otro tiempo eran públicas, pertenecen al Príncipe, que retiene el dominio, i concede su uso á varios particulares, como el derecho de cazar, pescar, esplotar las minas &c.

---

(1) *No se viola el derecho de jentes por lanzar de las costas á los estranjeros, porque estas no son de naturaleza i condicion que puedan apoderarse de ellas del modo que quieran. Son comunes para el uso del mar, á saber, la navegacion.*

(2) *Sala tom.* 1. *tít.* 1. *lib.* 2. *nn.* 1, 2, 3, 4 *i* 5.

28. El derecho usado en el dia, contrario en algunas cosas al de los romanos, proviene, como se ha dicho, de las varias revoluciones de los imperios, conquistándose muchas provincias de diversas maneras. Hugo Grocio enseña que pueden ocuparse los reinos por *universidad*, cuando los de una nacion adquieren por la guerra otra, i despues la dividen entre sí los conquistadores, como sucedió en la Palestina conquistada por los hebreos. Pueden ocuparse tambien por *fundos*, cuando no toda la nacion juntamente conquista, sino varios particulares de por sí se apoderan de algunas provincias ó de porcion de terreno, como por lo regular sucede en los pueblos de costumbres *nomadas*, que con sus ganados jiran de rejion en rejion, fijando sus ranchos i aduares en terrenos abundantes de yerbas i aguas, en los que permanecen mientras estas duran, i faltando pasan á otra parte, sin jamas formar domicilio cierto.

29. En Europa desaparecieron las costumbres nomadas, i las provincias i reinos se ocuparon con fuerza armada. Fueron en efecto conquistados por la universidad, debiendo al capricho de la guerra la seguridad de los respectivos territorios. Cuando ocupamos alguna provincia por universidad, todas sus cosas nos pertenecen, quedando por consecuencia en el dominio de la república, por razon de conquista, las minas, rios, animales fieros, peces &c. Como estas cosas no pueden dividirse cómodamente, pareció mui justo que el Príncipe, como cabeza de su pueblo, dispusiera de ellas, ora para su recreo,

manutencion ú otros efectos de su soberana voluntad, ora para galardon de beneméritos ciudadanos, concediéndoles ciertos privilejios en ellas mismas.

30. Resta tratar del último miembro de la primera division. Dijimos en el §. 19. qué cosas eran *comunes*, *públicas*, *de universidad* i *particulares*. De las comunes, públicas i de universidad hemos hablado; síguense las particulares, que son *las que pertenecen al patrimonio de cada uno*, ya sea por dominio *efectivo*, ya por *ficcion*, siempre que el derecho supone ciertas cosas en dominio, aunque realmente no lo haya en ellas: p. e., en las casas i predios hai un verdadero dominio, estan sin disputa en patrimonio. Mas la herencia yacente no está en dominio cierto, como se verifica en el siguiente caso. Muere Antonio, i deja su caudal á muchas personas los bienes, hasta tanto que no adan la herencia los instituidos, no estan en patrimonio; i asi esta herencia no puede decirse está en dominio; no obstante, se sostiene en la persona del difunto, ó lo que es lo mismo, finje el derecho que permanecen aun en dominio del testador los bienes, i por lo tanto la herencia yacente es cosa privada, ó puesta por ficcion en patrimonio privado (1).

---

(1) *Cuando se sustrae algo de herencia yacente, propiamente no se comete robo, pues no se quita* cosa ajena contra la voluntad de su señor; *mas por cuanto se sostiene el dominio en la persona del difunto, el robo, en este caso, se*

51. Las cosas se dividen tambien en *mancipias* i no *mancipias*; en *corporales* é *incorporales*. Justiniano quitó toda diferencia entre las primeras; de las segundas se habla en el siguiente título. Sinembargo, por cuanto la primera division no solo en el foro, sino tambien en teoria no está del todo fuera de uso tocarémos algo sobre ellas.

52. Cosas *mancipias* llamaban las que se poseían por el derecho *Quiritario* i rito de *mancipacion*, cuyas ceremonias describimos en el libro 1.º No *mancipias*, las que no eran de derecho Quiritario, ni se enajenaban *æs et libram*. Del primer jénero eran los prédios itálicos, las servidumbres de los prédios rústicos, esclavos, cuadrúpedos, herencias é hijos. Las demas pertenecian á las no mancipias (1).

Modos de adquirir el domino de las cosas.

§. 1.º 2.º 3.º Qué sea derecho *en la cosa i á la cosa*: diferencia entre uno i otro.

§. 4.º Especies del derecho en la cosa.

§. 5.º Definicion del dominio.

---

dice expilasse hereditatem, *de cuyo estraordinario crímen hai un título especial.*

(1) Se omiten las disputas que sobre estas cosas se han suscitado por inútiles.

§. 6.° 7.° Efectos del dominio.
§. 8.° 9.° 10.° Division del dominio.
§. 11.° h. el 16.° Del *título* i modo : efectos que produce.
§. 17.° 18.° Modos de adquirir el dominio.
§. 19.° 20.° 21.° Como se adquiere *naturalmente*.
§. 22.° h. el 24.° Trátase de la *ocupacion*.
§. 25.° Especies de ocupacion.
§. 26.° Qué sea *caza*.
§. 27.° Diferencia entre los animales *fieros*, *mansos* i amansados.
§. 28.° Personas que pueden cazar.
§. 29.° Puédense cojer las fieras en fundos ajenos.
§. 30.° No se puede cazar en los *cotos* sin licencia del propietario.
§. 31.° No basta herir la fiera, es preciso aprenderla.
§. 32.° Qué sea ocupacion *bélica*.
§. 33.° Casos en que el *botin* es de los soldados.
§. 34.° Derecho de *postliminio*.
§. 35.° Del *hallazgo*.
§. 36.° Definicion del *tesoro*; á quien pertenezca cuando se encuentra.
§. 37.° Disposicion de *Adriano*.
§. 38.° Reglas que deben observarse cuando un mercenario encuentra tesoros.
§. 39.° Derecho de España en hallazgo de tesoros.
§. 40.° Qué sea accesion; sus especies.

1. La segunda parte de este título trata del *modo de adquirir el dominio de las cosas.* Hemos dicho que el primer objeto del derecho se versa acerca de las personas: el segundo trata del *derecho de las cosas*, i el tercero del de las *acciones* §. 27. tít. 2. lib. 1.º Hai ademas derecho *en la cosa* i *á la cosa* (1). Del derecho en la cosa se trata desde el principio del libro 2.º, hasta el título 14 del libro 3.º, desde el que principia á hablarse del derecho á las cosas. La primera especie del derecho en la cosa es el *dominio*, i así tratamos en este i siguientes títulos *del modo de adquirir el dominio de las cosas*. Se esplicará tambien lo demas conducente á esta materia.

2. *Qué sea derecho en la cosa, i á la cosa*, i en qué se diferencia uno de otro, es lo primero que ocurre. Derecho en la cosa, segun *Grocio*, es *facultad en el hombre competente en la cosa, para repetirla sin respecto á cierta persona.* Derecho á la cosa, por el contrario, *facultad competente en la persona para que se le dé*

---

(1) *Al derecho en la cosa llaman derecho in re; á la cosa* ad rem.

algo, ó se le haga alguna cosa. Fácilmente se advierte la diferencia entre uno i otro, pues cuando tengo dominio en la cosa, en donde la encuentro la reclamo; cuando á la cosa, solo la persona con quien contraje me está obligada.

3. Del derecho en la cosa salen las *acciones reales*, que se dirijen contra cualquier tenedor; del de *á la cosa*, solo las personales, precisamente contra la persona que contrajo, no contra tercer poseedor; esceptúanse ciertas acciones, que aunque personales, se dan contra todo poseedor, i se llaman *in rem scriptæ*, de las que se tratará en su respectivo lugar. Asi, pues, cuando ejercito el derecho *en la cosa* procedente del dominio, en donde la encuentro, la vindico, ora el que la tiene haya tratado conmigo, ora siquiera lo conozca. Por el contrario, si compro un libro al impresor, i no habiéndomelo aun entregado, se lo vende tambien á Juan, yo no puedo pedir nada á Juan, pues con él no he tratado, sino solo repetiré contra el impresor, á quien se lo compré, por razon del contrato, esto es, por el derecho *á la cosa* que tengo en el libro.

4. Pasemos á las especies del *derecho en la cosa*, i del de *á la cosa*: de este último fácilmente se puede dar su esplicacion. Todo derecho *á la cosa* procede de *obligacion*, por lo que esta es su única especie; de cuantas maneras sea, veremos mas adelante. Con respecto á las especies del derecho *en la cosa*, se advierte diversidad entre los jurisconsultos. Los que con mas tino han escrito, reducen á cinco sus especies. *El do-*

minio, la herencia, la servidumbre, la prenda i la posesion (1).

---

(1) *Jacobo Bornio, jurisconsulto célebre, solo numera una especie*, el dominio, *contradiciendo sea la posesion derecho* en la cosa. *Funda su doctrina en que la posesion no consiste en derecho, sino en hecho: no consintiendo en derecho, no puede ser, segun su opinion, derecho en la cosa. Si reduce las demas especies á solo el dominio, es porque forma el siguiente raciocinio. El dominio ó es* universal, *i entonces se llama herencia*, ó singular: *este ó consiste en* cosas corporales, ó *en* incorporales, *en cuyo caso ó da la propiedad, ó la posesion. Si la propiedad, se llama* dominio; *si la posesion*, prenda. *Si finalmente en las cosas corporales, que consisten en derecho, nacen las* servidumbres. *A esto se oponen varios jurisconsultos, i disputan con tal calor é interes, como si se tratara nada menos que de la salvacion del hombre. Nosotros que miramos las cosas al traves del prisma de la imparcialidad, abrazamos la opinion mas corriente. Negamos con* Bornio, *que por derecho romano la posesion sea derecho* en la cosa. *i nos fundamos en razones mui poderosas.* Primera. *La posesion no producia derecho sino momentáneo;* lei 15 de adquir. *esto es, de la posesion solo procedia derecho mientras se poseia, pues si alguno muestra su derecho en juicio, estoi obligado á devolverle la posesion, aunque pruebe por mi parte que estaba poseyendo con buena fé i justo*

5. Dominio *es un derecho en las cosas corporales, del que nace la facultad de disponer de*

---

título. Es asi que el derecho en la cosa no es derecho momentáneo, sino debe durar aun cuando se pierda su posesion, pues en el caso de que se me arrebate alguna cosa, no dejo por eso de ser señor i dueno de ella; i la posesion solo dá un derecho momentáneo, luego la posesion no es derecho en la cosa. Segunda. *Esto mismo se prueba por el efecto. Todo derecho en la cosa produce accion real, que puede entablarse contra cualquier poseedor. Cuando se me debe algo por el derecho* en la cosa, *poco importa la posea otro; pues adonde la encuentro alli la vindico ó rescato: ademas de la posesion nacen los derechos, ó los* interdictos *de recuperar la posesion, que solo estrivan en la persona i no en la cosa, mucho menos los otros de* uti possidetis, et utrubi, *que solo consisten en retener la posesion. Solo puede recuperar el que posee, i no se puede tratar* en la cosa, *fuera del único caso de la* accion negatoria. *No produciendo en efecto accion alguna* en la cosa *la posesion, fácilmente se ve que no es derecho* en la cosa. *El derecho canónico sin duda, dió marjen á que los jurisconsultos afirmasen que la posesion era derecho en la cosa, pues habiendo inventado la accion i escepcion del despojo, dándose una i otra contra tercer poseedor, no pudieron menos que convenir en que la posesion era derecho en la cosa. Hasta este punto estamos conformes con* Pornio; *mas no en la reduccion que*

ellas, segun nuestra voluntad, i de vindicarlas donde quiera se encuentre, á no ser que la lei, ó la convencion, ó la voluntad del testador lo estorve. Decimos *es un derecho en la cosa*, pues al que es señor, le está la cosa de tal manera afecta, que puede vindicarla de cualquier tenedor de ella, ora haya tratado con él, ora nunca lo conozca, en lo que consiste precisamente el derecho *á la cosa*. Añadimos, *en las cosas corporales*. Las incorporales estan efectivamente en los bienes, mas no en dominio, i si es preciso perseguir el derecho que nos asiste en ellas, no lo hacemos por la *reí vindicacion*, que pertenece solo á las corporales, sino por medio de la *accion confesoria i negatoria*.

6. Afirmamos tambien, *de donde nace la facultad de disponer de ellas i vindicarlas.* El que es señor tiene derecho de *disponer* de sus cosas, gozar de la misma con esclusion de toda otra persona; enajenarla durante su vida, ó para despues de su muerte; dársela al que guste &c. Tiene ademas el señor facultad de vindicarla: el que llega á gozar de los derechos de señor de cualquier cosa, aunque sea una sola vez, mientras no los pierde, tiene accion de recojerla del poder de

---

hace de todas las otras especies del derecho en la cosa. Por lo tanto afirmamos que las especies del derecho en la cosa son nada mas que el dominio, el derecho hereditario, *la* servidumbre, *i la* prenda, *en lo que convienen los demas autores.*

todo poseedor: pueden servir de ejemplo los esclavos de los romanos. Estando en dominio, podia el señor servirse de ellos, como le viniese mas á cuento: tenia facultad para donarlos, venderlos, legarlos, abusar de la autoridad de señor quitándoles las vidas, castigarlos cuando le diese gana &c. Si el esclavo se fugaba, ó era robado, donde quiera que se encontraba, volvia á su antiguo poder i esclavitud. Estos son los verdaderos efectos del dominio.

7. Concluimos la definicion diciendo, *á no ser que la lei, ó la convencion, ó la voluntad del testador ponga algunas corta-pizas á esta facultad.* Puede suceder con muchísima facilidad se coarte el dominio; *por la lei*, cuando prohibe, p. e., que vindiquemos las cosas cuando estan usucapidas: *por la convencion*, pues con frecuencia se prohibe enajenar la cosa que se compra con esta condicion: *por voluntad del testador*, que no quiere se enajene el fideicomiso, siendo el fiduciario señor de él: mas claro; los bienes vinculados ó amayorazgados, no pueden enajenarse, por resistirlo la voluntad del testador que fundó el mayorazgo.

8. El dominio se divide en *Quiritario*, al que nombra Teófilo lejítimo ó *bonitario*, al que el mismo jurisconsulto llama *natural*. Aquel era propio de los ciudadanos romanos, no teniendo los peregrinos dominio quiritario: este era comun á todos los hombres. El 1.° consistia en las cosas *mancipias*, §. 52; el 2.° en las no *mancipias*; asi el fundo Itálico podia estar en dominio quiritario, i el fundo provincial tan sola-

mente estaba en los bienes, i asi no podia usucapirse (1).

9. Divídese igualmente en *pleno* i *menos pleno*. Pleno es, cuando en una sola persona se reune la facultad de disponer de la cosa i usar de ella: menos pleno, cuando estan divididos estos dos derechos: v. g., el que tiene algun predio dado en enfitéusis, no puede disponer de su enajenacion sin anuencia del señor del dominio directo. Este se subdivide, pues el que reserva en sí el derecho de que el poseedor sin su conocimiento no pueda disponer de la cosa libremente, tiene solo el *dominio directo*: el que percibe de la cosa su utilidad, el *dominio útil*. En el ejemplo propuesto de la enfitéusis, se ve con claridad lo espuesto. El que da la cosa en *enfitéusis* tiene en ella el dominio directo; el que la recibe con este gravamen, el útil.

10. En el dia puede reducirse á tres especies el dominio menos pleno: conviene á saber, el derecho de *enfitéusis*, el de *superficie*, i el de *feudo*. Los dos primeros fueron propios de los romanos, el último lo desconocieron absolutamente, i en España ya no se conoce.

11. Veamos los modos de adquirir el dominio. Antes debe saberse que no se ha de confundir el *título con el modo* de adquirir. Todo dominio tiene dos causas: una *prócsima*, por la que inmediatamente se consigue el señorío de la

---

(1) *Justiniano abolió esta diferencia por medio de dos constituciones*. L. un. C. de vet. jur. Quir toll.

cosa: otra *remota*, por cuya causa me hago señor de ella inmediatamente: v. g., si compro una cosa, i se me entrega, con estos dos requisitos soi en efecto su dueño; en este caso la entrega es la causa prócsima, i la compra la remota. Aplicando lo dicho, resulta que llamamos á la causa *prócsima modo de adquirir;* á la *remota*, *título.*

12. Ademas se diferencian en los efectos; pues 1.º por el título solo consigo el *derecho á la cosa*; por el modo de adquirir el de *en la cosa.* 2.º Por el título solo repito contra la persona con quien contraje; por el modo de adquirir, contra cualquier poseedor. Ejemplos: un librero me vende el Quijote, i teniendo ajustada la obra, se la da á Juan: no podré repetir contra éste, pues el que compra solo tiene título, mas no da facultàd el contrato para repetir contra cualquier tenedor de la cosa; aun no he adquirido sino derecho al Quijote, i asi es que solo podré ejercitar la accion contra el librero para la consumacion del contrato, i resistiéndose, á que pague lo que me interesa.

13. Los jurisconsultos sacan de aqui un principio de derecho, cual es que *el título nunca da derecho en la cosa, si no se sigue la tradicion* En verdad, aunque compre una cosa, done, permute &c., no seré señor de ella hasta que no se me entregue, pues solo la tradicion transfiere el dominio. Ni basta título sin tradicion, ni tradicion sin título (1). Sinembargo hai algunas escepciones

(1) *Esta regla debe grabarse profundamente en la memoria por el gran uso que tiene.*

que se espondrán en sus respectivos lugares, como sucede en la hipoteca, que permaneciendo la cosa hipotecada en poder del que le impone el gravamen, tiene el acreedor hipotecario accion real contra cualquier poseedor de la finca, aun cuando nunca se le haya entregado ó tomado posesion de ella.

14. El mismo derecho milita en las *servidumbres afirmativas.* Las servidumdres son derechos; los derechos son cosas incorporales; las cosas incorporales propiamente no se entregan, sino *cuasi se entregan*, consistiendo la cuasi tradicion en el ejercicio de uno, i la paciencia de otro: p e. si se concede la servidumbre de *senda*, i desde luego se va i viene por ella, este ejercicio equivale á una formal entrega. En las servidumbres *negativas*, por naturaleza de ellas mismas, ni se entregan, ni *cuasi se entregan:* v. g., si se consigue la servidumbre de no levantar mas alto, ni puede entregarse este derecho, ni cuasi entregarse, pues no consiste en ejercicio, sino solo en no hacer.

15. Lo propio sucede en *las cosas que se adjudican por los tres juicios divisorios*, pues tan luego como se verifica la adjudicacion, son del que se les señalaron, en términos que á pesar de no seguirse la entrega, puede reclamarlas contra todo poseedor (1).

---

(1) *Los juicios divisorios son tres:* familiæ erciscundæ, communi dividundo. Finium regundorum.

16. Finalmente, *en la adquisicion por última voluntad* se transfiere el dominio pleno sin entrega. Esta debe hacerse por el dueño, ó un tercero en su nombre; el muerto no puede hacer aquella; por esta razon el heredero es considerado como señor, sin mas que la adicion. El legatario adquiere la especie que se le lega, sin tradicion, desde el instante que muere el testador.

17. Con estos preliminares pasemos á los *modos de adquirir.* Unos proceden del derecho natural i de jentes, comunes á todas las naciones; i otros solo provienen del derecho civil que se observa en algunas partes: v. g. es comun en todo gobierno hacerse uno señor de la cosa por tradicion, *¿qué cosa mas natural que adquirir por el modo sencillo de que el propietario entregue en dominio al que guste su cosa?* Por el contrario, no todos observan ó conocen la usucapion bajo la forma que le dieron los romanos. Estos usucapian las cosas inmuebles por 10 años entre presentes, i 20 entre ausentes: las muebles por 3 años: mas los alemanes usucapen las cosas muebles por un año, las inmuebles por 31 años i un dia.

18. En efecto, la tradicion es derecho de jentes, la usucapion de derecho civil. De aquí aparece que los modos de adquirir ó son *naturales*, que proceden del derecho natural i de jentes ó *civiles*, que toman su orijen del derecho civil. Hablamos primero de los naturales; despues de los civiles.

19. Los jurisconsultos no convienen en cuántos sean los modos de adquirir naturalmente.

Seguimos la opinion de Grocio i de Pufendorfio (1) como la mejor metodizada. O adquirimos las cosas que no estan en dominio, como las bestias, fieras, ó las que lo están, como cuando el comprador se posesiona de lo que se le vende. Al primer modo *Grocio* llama orijinario; al segundo, cuando se transfiere el dominio de uno en otro *derivativo.*

20. Los orijinarios subdivide en dos jéneros. O adquiero la substancia misma de la cosa, ó su incremento ó los frutos que provienen de la misma cosa. A los primeros llama modos de adquirir el dominio *simpliciter*; á los posteriores, *secumdum quid.* Asi p. e. el que coje en despoblado un enjambre de abejas silvestres, lo adquiere *simpliciter orijinario,* porque toma posesion de lo que nunca ha estado en dominio, i solo la substancia de la cosa. Despues se hace señor de la miel que den, á cuyo modo de adquirir llama *orijinario secumdum quid,* por cuanto adquiere el incremento de la misma cosa.

21. Con estos preliminares podemos ya referir los modos de adquirir naturalmente. Uno es *orijinario simpliciter*, i se llama *ocupacion*; otro *derivativo*, que intitulan *tradicion.*

22. El modo de adquirir orijinario *simpliciter* es la *ocupacion*, que es la *aprehension corporal de las cosas que no son de nadie, con ánimo de hacerlas suyas el que las coje.* Esta de-

---

(1) Grocio de J. B. et P. l. 2. i 3. §. 1. Puffendorfius l. 4. cap. 6. §. 1.

finicion se entiende con mucha facilidad. Se dice que la ocupacion es *aprehension*, i de tal manera es necesaria, que sin la material tenencia de la cosa, no se adquiere: así, p. e., para hacer mia una fiera es preciso que la coja con mis manos, pues si viéndola herida del tiro, la abandono, cualquiera otro que se apodere de ella, será su verdadero dueño. Añadimos, con *ánimo de hacerla suya*; sino interviene este ánimo, nada adquiero por la aprehension; asi como no basta la aprehension sin el ánimo: v. g. si un furioso toma alguna cosa, no la ocupará, pues le falta el ánimo de hacerla suya por aquel acto. Por el contrario, si uno desde su ventana divisa en la calle una piedra preciosa como un rubí, i la marca por suya sin bajar á cojerla, no se hará de él, si otro se adelanta, i la toma; debe precisamente intervenir aprehension corporal, i ánimo de hacerla suya.

23. Espresamos tambien; *de las cosas que no son de nadie*. En las que ya tengo dominio se puede sin duda hacer aprehension, mas será un hurto, clasificándose por robo si interviene fuerza. De lo dicho proceden *cuatro* principios, que jiran en toda la materia de la ocupacion. 1.° Que las cosas que no son de nadie, ceden al primero que las ocupa. Segun el derecho civil, podian ser las que se reputaban sin dueño, de tres maneras. *Primera*. Por *naturaleza*, como los peces del mar, las fieras de los bosques. *Segunda*. Por el *tiempo*, no habiendo memoria de quien fuesen, como el *tesoro* que por accidente se encuentra. *Tercera*. Por el *he-*

cho del primer señor, que arroja de si la cosa con ánimo de no querer vuelva á ser suya; á estas llaman *tenidas por derelictas*. En todas tiene lugar la regla propuesta, que las cosas que no son de nadie, ceden al primero que las ocupa.

24. La segunda regla es: *que la ocupacion se haga juntamente con ánimo i material aprehension*. Mientras no está cojida la cosa, no hai términos para asegurar pertenece mas bien á uno que á otro. Si falta el ánimo, el acto no producirá efecto. La aprehension corporal de las cosas muebles, ordinariamente se hace con la mano: en las inmuebles con los pies, ó ingreso en ellas (1). Regla tercera. *Las cosas que*

---

(1) *Plutarco nos refiere, que sabedores los andrios i calcidenses de que los vecinos de la ciudad de Acato la habian abandonado, cada uno envió sus espias para esplorar si era cierto, i siéndolo la ocupasen en su nombre. Caminaban juntos, i no pudiendo dudar que en efecto la ciudad estaba desierta, se adelantó el calcidense con intencion de ocuparla en nombre de sus paisanos. El andrio, creyendo prevenir los designios de su compañero, arrojó el báculo que llavaba, dando en las mismas puertas de la ciudad, con lo que antes que el otro llegase, ya el báculo estaba dentro. Suscitóse gran porfia i reñida disputa, alegando cada cual el derecho que creia tener para reclamar por suya á Acáto. Para terminar toda contienda nombraron de conformidad por árbitros á los* Eretien-

no pueden ponerse en custodia, no pueden ocuparse. ¿Qué aprovechará la aprehension, sino puede retenerse su posesion? Véase porque el Océano jamás se ocupará, porque dado el caso que se aprehendiese, no será dable retenerlo.

25. Las especies de ocupacion son tres: *caza, ocupacion bélica i hallazgo.* Por *caza* se entiende la *aprehension de las bestias fieras.* Hai tres especies de esta, pues pueden cazarse los cuadrúpedos, los volátiles i los acuátiles. La de aquellos se llama *caza*; la de los pájaros, cetrería ó volatería; la de los acuátiles, pesca. En el dia llaman caza indistintamente la de los cuadrúpedos i aves. La *ocupacion bélica* es la captura de las personas i cosas de los enemigos. Se ofrece una gran dificultad. Dijimos que la ocupacion recaía en cosas que no eran de nadie, §. 22.; es asi que las personas i cosas de los enemi-

---

ses, Samos i Paros: *los dos primeros pronunciaron á favor de los calcidenses: los últimos por los andrios. A nosotros nos parece que la causa de los calcidenses fué mui justa. ¿Quién ocupa la ciudad por arrojar dentro de ella su baston? ¿Se dirá que los enemigos ocupan una plaza porque logren arrojar dentro de las murallas algunas bombas? El ánimo de uno i otro legado era ocupar la ciudad desierta en nombre de sus respectivas naciones, mas no aprehendió la ciudad, sino el que primero entró en ella, que es el modo con que suele tomarse posesion de las ciudades.*

gos nó son *nullius*, sino estan en dominio los contrarios, ni jamas éstos reputan sus cosas por *derelictas*, luego no se pueden ocupar. Se disipa la duda, respondiendo que los romanos juzgaron las cosas de los enemigos como sin dueño. El *hallazgo* es la ocupacion de las cosas que no son de nadie, ó que no estan constituidas en dominio, ó tenidas por derelictas ó abandonadas: asi, p. e; hai lugar al hallazgo en las perlas que se encuentran en muchas conchas á las orillas del mar; en los metales que arrastran las arenas de los rios; en las monedas encontradas en los caminos, cuyo anterior dueño no parece &c.

26. La primera especie de ocupacion era la *caza*. Siendo esta ocupacion de las fieras, se necesita saber: 1.º qué se entienda por *bestias fieras*. 2.º De qué modo por la caza se hagan nuestras. 3.º Cuando adquirimos dominio en ellas.

27. Las bestias se dividen en *mansas, fieras* i *amansadas*. Fieras son *las que libres vagan por los montes, i á no ser por fuerza, no pueden ser cojidas*, como los lobos, leones, tigres &c. Mansas son los *animales domésticos*, como los perros, gallinas, bueyes &c. Mansuefactas las *que se domestican*, i de fieras que antes eran, adquieren la facultad de *ir* i *volver*, como los venados, palomas, abejas &c. Con esto se manifiesta que solo los animales fieros pueden ser cazados, no los mansos, no los mansuefactos. Los que cojan estos, léjos de hacerlos suyos, se reputarán como ladrones.

28. Se disipa la segunde duda, recordando el principio que sentamos en el §. 25., i era *que*

las cosas que no son de nadie ceden al primero que las ocupa. En efecto, tan luego como cojemos las fieras. se hacen de nosotros; mas esto debe entenderse con alguna limitacion. Atendiendo al derecho natural i de jentes, no cabe duda que los animales fieros son cosas *nullius*; mas habiéndose demostrado, §. 29. que en las provincias ocupadas por universidad nada hai *nullius*, sino todo está en dominio de la república ó del pueblo conquistador, aparece con facilidad que el pueblo puede, reuniendo en sí el derecho de ocupar, entregar estas cosas al príncipe como peculiares i principales, i escluir á los privados de su uso. En muchas partes se verifica que las fieras se dan al primero que las coje; mas solo en el caso que se prometa cazar; de otro modo, no habiendo facultad, se castiga al que caza (1).

29. Por derecho romano se podia cojer la fiera, aun en fundo ajeno, mas era en el caso de que siguiéndose al animal, se entrase en predio particular. Ademas se requeria: 1.° que no violase el fundo ajeno, pues si se refujiaba á un sembrado, i se le acosaba, los daños que se causáran habian de resarcirse. 2.° Que el señor del predio no lo resistiera, pues asi como habia derecho para ocupar las cosas *nullius*, asi igual-

---

(1) *Sobre la caza tenemos una ordenanza que puede verse en el Sala tomo 1.° lib, 2, tít. 6, n. 14. Ademas es indispensable por el reglamento de policía sacar licencia de cazar.*

mente tenia el propietario facultad para escluir sus campos de cualquier uso, é impedir cazasen dentro de su posesion.

30. Tampoco es lícito cazar las fieras en cotos sin licencia del dueño. Muchas veces los pescados estan encerrados en estanques, las fieras en vivares, las abejas en colmenas &c.; en semejantes casos no es lícito ocuparlas sin permiso del propietario del estanque, vivar ó colmena. La ocupacion ha de recaer precisamente en cosas *nullius*: el que echa en su corral conejos, tiene ánimo de retenerlos en su poder, i por cierto que el que aprehende con ánimo de hacer suya la cosa, es verdadero señor de ella. El que se atreviere, pues, á ocuparlas, cometerá sin duda hurto. La caza no puede verificarse en los animales mansos i amansados, por consecuencia de los principios que dejamos sentados.

31. No basta herir la fiera, es necesario aprehenderla: p. e., si mato de un escopetazo á un jabalí, debo cojerlo, pues si lo dejo en el monte, será del primero que lo tome: si pongo percha, el animal que caiga en el lazo se hace de mi propiedad (1). Las fieras estarán en nuestro poder mientras no recuperen su libertad natural. Si se escapan de nuestra custodia, son del

---

(1) La lei 5. §. 1. i la L. 55. ff. de A. R. D. conceden al que hiere la fiera el derecho de perseguirla aun por fundo ajeno, i en cayendo ocuparla; mas si herida la pierde de vista, ó la abandona, será del que la ocupe.

primero que las aprehenda: asi todo animal que se encuentra fuera del término que comprehende algun coto, es del primer cazador que le tire; i el venado que se amansa, mientras conserva la costumbre de ir i volver, nadie puede cojerlo; mas si la pierde, volverá á ser cosa *nullius* (1).

32. Otra especie de ocupacion es la *bélica*, cuyo principio i orijen manifestamos en el §. 25, pues se consideraban las cosas i personas de los enemigos como nullius por derecho de jentes, de cuyo principio proceden varias reglas. *Primera.* Aquellas cosas que aprehendemos al enemigo, se hacen nuestras. Decimos de los *enemigos*, porque en las guerras civiles aunque se aprehendan

---

(1) Esto parece contrario á las prerogativas que concedemos al señor en la cosa, pues segun se dijo en la nota del §. 4., el derecho en la cosa no era momentáneo, sino perpetuo, i que con solo adquirir una vez este derecho, no se perdia, aunque faltase la posesion, pudiendo vindicarse de cualquier poseedor v. g. el esclavo que se fugaba no conseguia su libertad natural, porque ya estuvo en dominio, i siempre que pareciera podia vindicarse. Las cosas que se nos roban, permanecen en nuestro dominio, siendo perpetuo el derecho en la cosa. En las fieras no tiene lugar la regla, como observó Grocio *de J. Bel. et P. lib. 2.° c. 8. §. 3. Una vez que recuperen su pristina libertad, dejan de estar en propiedad, i asi cualquiera sin cometer hurto, puede volver á aprehenderla.*

las personas, no se hacen esclavas, solamente se *prescribian* las posesiones. Mucho menos lo que roban los ladrones, á los que no corresponde de modo alguno el derecho de guerra. *Segunda.* Los enemigos tienen derecho de recuperar las cosas que le han sido tomadas: nosotros somos enemigos de nuestros enemigos, luego el mismo derecho tienen ellos en nuestras cosas, que nosotros en las suyas. De lo que se sigue: *Tercera.* Que las cosas muebles i los cautivos no se hacen de nosotros, hasta que no los tenemos encerrados en nuestros presidios.

33. Si el enemigo se fuga, no comete hurto sino usa de su derecho. El que llaman *botin* no es de los soldados, sino de aquel en cuyo nombre se hace la guerra, ó paga las tropas (1). Mientras los romanos peleaban por la república á su costa, los bienes muebles que tomaban á los enemigos les correspondian lícitamente; mas cuando fueron estipendiarios, debian ser del que les pagaba, pues todo le que adquiere el que está á sueldo, es del que le paga, lo mismo que las manufacturas del artista, son del que le dá su jornal. Las cosas inmuebles, como los campos, ciudades &c., pertenecian á la república, i fue necesario sancionar la lei llamada *agraria* para repartir los campos conquistados á los soldados,

---

(1) *Por esta razon llamaban reo de* peculato *al que se apropiaba alguna parte del botin sin consentimiento del jefe; pues debia el soldado poner todo á disposicion de su jeneral.*

enviandose á ellos colonias compuestas de los veteranos, adjudicándose á cada uno cierta porcion de terreno (1).

54. Aunque en el libro 1.º dimos una idea del derecho de *postliminio,* no estará demas ampliarla, como mui á propósito en este lugar. Si las personas cautivas, ó las naves durante la guerra se fugaban, tan luego como llegaban á los confines del imperio, recuperaban sus pristinos derechos, por la lei *Cornelia de postliminio.* Esto es, se finjia que nunca estuvieron en poder del enemigo. De esta ficcion deducian: 1.º Que las personas que tornaban de la esclavitud, se hacian injénuas. 2.º Que las cosas por el derecho de postliminio, volvian á su antiguo señor.

55. La tercera especie de ocupacion es el *hallazgo.* Se verifica en las cosas que no tienen dueño. En las pérdidas no tiene lugar la ocupacion, pues tan luego como parece el dueño, se les deben entregar. El hallazgo es pues *la aprehension de la cosa que no tienen dueño, ó que ha sido abandonada por su lejítimo señor.* Se requiere 1.º ánimo de aprehenderla: 2.º la real i efectiva aprehension. Luego el que ve primero,

---

(1) Habia un caso en que el soldado adquiria lo que conquistaba, i era cuando el Emperador se lo permitia para estimularlo i animarlo á la batalla, presentando esta un écsito dudoso. Entusiasmado el soldado con la oferta, hacia prodijios de valor, convirtiéndose en triunfo la derrota que parecia mas completa.

p. e., á la orilla del mar una preciosa perla, no por eso la hace suya, si otro con su aviso se adelanta á cojerla; en tal caso pertenece el hallazgo á este, no al que la vislumbró; sinembargo, por equidad, se divide entre los dos en la mas cómoda division. De este modo se hacen nuestras las piedras preciosas i metales que no estan en dominio.

36. En el tesoro milita diversa disposicion. Antes de entrar en materia, es preciso saber qué es tesoro. *Es un antiguo depósito de dinero, no ecsistiendo memoria de que allí estuviese*; por lo que, si el dinero está acuñado novísimamente, no será tesoro de modo alguno; menos si se encuentran monedas en casas particulares, sabiéndose quien hizo el depósito; pues en este caso es visto tiene dueño, i aunque haya muerto, le pertenecerá á sus herederos, que tienen accion para vindicarlo. Si se pregunta á quien pertenece el tesoro, no podemos menos de advertir que no se da una regla jeneral, observándose un derecho diverso en los autores. Es la razon porque si nos lo figuramos encontrado en lugar ajeno, opinaban debia pertenecer al que lo hallaba, porque las cosas que no son de nadie *ceden al primero que las ocupa*: otros afirmaban que en este caso debia ser del señor del lugar en que se encontraba, porque, perteneciéndole lo principal, *le correspondia lo accesorio.*

37. *Adriano* concilió ambas opiniones, disponiendo que, *si se encontraba el tesoro en lugar propio, fuese del que se lo hallaba; si en propiedad de un particular ó de la república, partiese el que lo encontraba con el propietario*

del lugar. Así cortó toda disputa, queriendo que la mitad la hubiese el señor por derecho de accesion, i la otra mitad el que la encontraba por derecho de ocupacion. Se ordenó tambien: 1.º *que si para hallar el tesoro se valian de májia ó hechicería*, fuese todo para el fisco, en castigo de los que practicaban este arte de Satanás. 2.º Buscándose con dilijencia por fundo ajeno, cedia todo al dueño del fundo, pues nadie tiene derecho para buscar tesoros en propiedad ajena. Si alguno se atrevia á ello, era tratado como ladron, i como tal no adquiria el dominio de la cosa furtiva. 3.º Encontrado en lugar propio, es todo del que lo halla, perteneciéndole la mitad como inventor, segun el principio de Adriano, i la otra mitad accedia á lo principal como propietario. 4.º Encontrado por accidente en lugar ajeno, se dividia entre el inventor i el propietario.

58. Otra disputa era qué reglas deberian observarse cuando un mercenario trabajando, v·g. por cuenta de Juan, encontraba un tesoro. Los que negaban perteneciese la mitad al inventor, se fundaban en que todo lo que trabajando adelanta el mercenario, es del que lo paga; mas si no se le concede en este caso, ¿cómo se concilia la disposicion del derecho que manda se dé la mitad del tesoro al que lo encuentra por pura casualidad? ¿No lo es esta?

59. Por derecho de España estada dispuesto lo mismo que dejamos dicho. Posteriormente se ha mandado corresponda al Rei todo tesoro, dándose la cuarta parte por galardon al denuncia-

dor, como igualmente pertenecen á S. M las minas de oro, plata i cualquier otro metal, i las de sal (1).

40. Pasemos al modo de *adquirir orijinario secundum quid.* El 1.º era la *accesion*, que es el *derecho de adquirir el incremento de lo que se une á nuestras cosas.* La naturaleza asi lo dicta, no debiendo nadie dudar que la fruta es del dueño del árbol; el choto, del amo de la cabra; el potro, del señor de la yegua &c. La accesion es de tres maneras: *natural*, por la que se junta alguna cosa á las nuestras por solo el beneficio de la naturaleza, como el parto, la aluvion &c. *Industrial*, que otros llaman *artificial*, por la que se une á nuestras cosas alguna otra por industria, como sucede cuando se escribe una carta. *Mista*, á la que otros llaman *industrial*, cuando ocurre incremento, parte por beneficio de la naturaleza, parte por nuestra industria; como sucede en las labores del campo.

41. La *accesion natural* se subdivide en muchas especies, pues se adquiere por el *parto*, por la *isla*, por el *aluvion*, por la *fuerza del rio*, por la *mudanza de álveo.* Parto es *la accesion proveniente de la jeneracion animal.* Ocurriendo en la jeneracion dos sustancias, ó por mejor decir, dos secsos, se pregunta á cual de los dos pertenece el parto. Consta por el testimonio uniforme de todos los físicos que de la madre proviene la materia ó sustancia animal, i no del padre. De aqui procede la siguiente regla: *todo lo*

(1) *Sala tom.* 1. *lib.* 2. *tit.* 1.º *n.* 19.

que nace de la madre, es del que la tiene en dominio.

42. Decimos de *vientre constituido en nuestro dominio*, pues en las personas libres hai diverso derecho. O enjendran hijos viviendo unidos en justo matrimonio, ó los tienen fuera de él. Si lo primero, sigue entonces el parto la condicion del padre, como la nobleza, injenuidad &c. Si lo segundo, la de la madre. Mas lo que procede del vientre constituido en dominio, es sin disputa del amo del vientre. En efecto, todo lo que nace de nuestros animales es nuestro: asi el becerrito es del dueño de la vaca, no del propietario del toro que lo enjendró. Si se concede el macho para conseguir este efecto, se está á lo que antes estipulan los dueños. El hijo de la esclava nace esclavo, i es del señor de ella: se tenian los siervos como cosas, i las que se juntan á las nuestras por beneficio de le naturaleza son de nosotros.

43. Otra especie de accesion natural es la *isla*. Esta nace ó en rio, ó en la mar, ó entre dos rios que llegan á unirse en cierto punto. Cuando sucede lo primero, la consideraban los jurisconsultos romanes como acesoria á los campos ó predios situados en las dos orillas del rio. Se fundaban en que sin duda se habia formado de la tierra que de una i otra márjen tomaria el rio, por lo que debian adquirir los dueños de los campos arcifinios al mismo rio, cada uno por lo que afrontase con ella, siguiendo con tanto rigor la mayor aprocsimacion, que si la isla casi toda estaba mas cerca de los campos del un lado,

no seria toda de los dueños de los campos con que afrontase, sino sola la porcion que les estaba mas cerca, i la otra de los de la orilla opuesta (1).

44. Si la isla nace en el mar, que se verifica raras veces, se aplica el principio de que lo accesorio sigue á lo principal, i como el mar es comun, i no está en dominio §. 20., lo que en él nace siendo *nullius* cederá al primero que lo ocupe; mas debe odedecer al señor, en cuyo señorío es aquel lugar donde apareció. Si se forma por dos rios, que pasan cerca, i se unen en cierto puesto, permanece del propietario de la tierra que la forma.

45. Tercera especie de accesion natural es el *aluvion*, i la cuarta la *fuerza del rio* Aluvion es *crecimiento lento que dan las avenidas de los rios á nuestros campos, tomándolo de otro tan poco á poco, que no puede entenderse el tanto que se une cada vez.* Fuerza del rio es

---

(1) La division de la isla debe hacerse á proporcion del terreno que está inmediato al rio: de lo contrario resulta al hacerse á proporcion de la estension de los predios, que llevaria mas parte el que tuviera uno grande, pero que presentase al rio un frente pequeño que el que tuviera un predio pequeño, mas todo estendido por la ribera, del que hai una presuncion que el rio le quitará mayor porcion para formar la isla. Puede verse á Sala tom. 1. lib. 2. tit. 1. n. 23.

cuando una gran avenida se lleva una porcion de terreno conocidamente con árboles ó sin ellos del campo vecino, dejándolo en diverso predio. En el primer caso en que mi campo poquito á poco por beneficio del rio se va estendiendo con el aumento de tierra que me deja, ignorándose de qué predio la tomó, me corresponde por haberse unido á mi propiedad, sin que pueda vindicarse, pues lo accesorio cede á lo principal. Aunque sucediera que por un efecto natural de la corriente el uno de los predios ribariegos recibiese aumento, mientras el rio va ganando claramente terreno poco á poco sobre la ribera opuesta, permanecerá el aumento del dueño del campo, á cuyo favor obra el aluvion aunque lo reclame el perjudicado (1). Por el contrario, cuando una gran avenida arranca porcion de terreno del campo ajeno, i la corriente lo une al mio, no pierde su dominio aquel á quien pertenecia anteriormente, i solo en el caso de que el nuevo llegue á consolidarse hechando raices los árboles, me pertenerá con obligacion de dar al otro el menoscabo que recibió á juicio de peritos, á menos que sea tal la apatia de su antiguo señor que deje pasar mucho tiempo sin reclamarlo.

---

(1) El uno pierde, es verdad, mientras que el otro gana, pero naturaleza sola hace esta mudanza, la cual destruye el terreno de uno mientras que de él forma otro nuevo. Véase á Sala t. 1. lib. 2. t. 1. n. 22.

46. Para adquirir por aluvion es necesario que el campo sea *arcifinio*, no limitado, pues en este caso todo lo que se aumente es del público. Los romanos dividieron los campos en *arcifinios*, *limitados* i *asignados*. Arcifinios eran los que no tenian mas término que los naturales, p. e. el de un rio, un monte &c. Limitados los que se poseian con ciertas medidas, como cien aranzadas de olivar, 80 fanegas de tierra. Asignados los que se comprehendian dentro de ciertos predios, como la tierra *A* que linda por el poniente con el cortijo de *B*; por el sur con el arroyo tal; por el medio dia con el camino cual; por el norte con la viña de Juan &c.

47. La última especie de accesion natural es la *mutacion de álveo ó cauce del rio*, lo que sucede cuando este deja su antigua madre, i toma otra nueva, en cuyo caso la antigua se divide á proporcion del frente entre los dueños de los campos que le eran arcifinios. Cuando una gran avenida inunda mi heredad; tan luego como las aguas se escurran, vuelvo á posesionarme de mis tierras, mas si permanecen, pierdo su dominio, haciéndose el rio que formen las aguas público como los demas, bien que si tornan las aguas á su antiguo cauce, adquiriré el dominio de mis tierras, como la inercion sea de poco tiempo, pues si han estado muchos años cubiertas, las pierdo para siempre (1).

---

(1) Todo lo dicho está conforme con nuestro derecho, como se comprueba por la:euas

48. Basta de accesion natural. La *industrial* comprende tres especies, la *conjuncion*, la *especificacion* i la *confusion ó mezcla*. Conjuncion es *cuando á algun cuerpo se añade alguna parte que le faltaba*, lo que puede suceder por *inclusion*, como si á mi espada uno empuñadura que no es mia; por *intestura*, si á un vestido mio le pongo galon ajeno; por *edificacion*, si edifico en suelo ajeno con materiales mios ó al contrario; por *escritura*, si escribo en papel de otro; i finalmente por *pintura*, si dibujo en tabla ó lienzo que no es mio.

49. En todos estos casos se observa la regla que lo *accesorio sigue á lo principal*. Lo principal es la cosa nuestra; lo accesorio la materia ajena que se une. De lo que se deduce, que la cosa unida por inclusion, aferruminacion, intestura &c. á materia nuestra, por este principio se hacen nuestras aunque la cosa que se une sea de mas valor i mas preciosa que la materia á que se une, pues para averiguar cual sea lo principal, i cual lo accesorio, no se atiende al precio, sino á la que se tomó para adornar la otra. Sinembargo, Justiniano esceptuó á la pintura, i en lugar de ceder á la tabla, esta cedió á aquella en honor de tan noble arte. Ademas, para distinguir con toda esactitud el derecho que cada cual tenga, se ha de observar lo siguiente.

50. 1.º Cuando dos cosas que separadamente

---

que se dejan hechas. Sala tomo 1. *lib.* 2. *tit* 1. *n.* 23 *al fin.*

i de por si pueden subsistir, se juntan i forman un solo cuerpo, *la parte inferior cede á la mas preciosa*, de modo que se tendrá por señor al que tenga la parte que valga mas. 2.º Si las cosas son de diversa magnitud, *la menor cedera á la mayor*, v. g. si á una estatua se une un brazo, aunque esta parte menor sea mas preciosa, cede á la mayor. 3.º Si son iguales en magnitud, *se atiende al precio de cada una*. 4.º Si el precio es igual, *ninguna cede á la otra*. Empero por cuanto no es conforme á la equidad natural que se enriquezca uno con perjuicio de tercero, se dan algunas acciones al señor de la cosa que se junta. Si el que unió la cosa ajena á la propia lo hizo con buena fé, habrá contra él la accion *ad exhibendum*. La cosa que adquirimos depende de nuestra voluntad; en la accesion no sucede asi, porque junta una cosa á la nuestra, se tiene la inferior por estinguida, por ceder á la principal; de consiguiente no pueden ser vindicadas, mas se dá la accion *ad exhibendum*, ó lo que es lo mismo, que la cosa se separe, i separada vindicarla. Tambien se dá la accion *in factum*. Si de mala fé, se dá la accion de *hurto*, i la *condicion furtiva*, no solo contra el que posea, sino tambien contra el que déje por mala fé de poseerla.

51. Por nuestro derecho tenemos las siguientes reglas establecidas en la *lei* 35. *del tit*. 28. P. 3. Si á una estátua mia de oro ó plata junto un pie ó brazo, i la soldadura fuese del mismo metal que son la estátua i pie, adquiero el dominio de este, si lo junto con buena fe, con la obliga-

cion de dar al que era dueño del pie su valor. Pero si lo juntase can materia diversa, no lo haré mio, tenga buena ó mala fe. Si el dueño del pie lo juntase á mi estátua, si lo hace con mala fe, se presume me lo quiere dar: si con buena, tengo la eleccion ó de tener el pie en la estátua, pagando su estimacion al dueño que lo juntó, ó dársela sin pagarle el valor.

52. Tambien adquirimos por accesion lo que se escribe por otro en libro ó pergamino nuestro. Si el que escribió tuvo buena fé, creyendo ser suyo el pergamino, ó que tenia derecho de escribir en él, i lo quisiese su dueño, deberá pagar al que escribió lo que estimáren peritos que merece por ello. I si lo que escribió fuere secreto, ó interesara mucho en retenerlo, dicta toda equidad pueda quedarse con la escritura, pagando al dueño del pergamino su estimacion; si escribió teniendo mala fe, pierde el trabajo que puso. Si alguno pinta en tabla ajena con buena fe, es dueño de la pintura, debiendo dar el valor de la tabla á su anterior propietario. Pero si pintó con mala fe, pierde la pintura, i debe ser de quien era la tabla.

53. Igualmente adquirimos por accesion el dominio de la madera, ladrillos, i otros materiales que ponemos en nuestras casas, aun en el caso que lo hubiésemos hecho con mala fe, sin poderlo demandar aquel cuyos eran, lo que se estableció para precaver, que arruinándose las casas, sacando de ellas los materiales, se arruinasen con deformidad de la ciudad. Pero el que metió los materiales tiene obligacion de pagar á

su dueño el valor de ellos duplicado (1). La *lei* 16 *tit.* 2. *P.* 3. hablando de este mismo asunto, distingue diciendo, que si el edificante tuvo buena fe, debe pagar cuanto jurare interesarle el que recibió el daño (2).

54. La *segunda* especie de accesion *industrial* es la *especificacion*, que es, *formacion de una nueva especie*, v. g. de oro ajeno, un anillo; de plata ajena, un cubierto; de lana ajena, un vestido &c. Se pretende averiguar si uno de materia ajena forma una especie distinta, quien será el señor de esta nueva especie? Hubo grandes disputas, mas Justiniano ordenó que si la cosa podia reducirse á su primitiva forma, perteneciese al dueño de la materia, siendo tuyo el vaso, que otro hubiere hecho de plata tuya, pues puede reducirse á su primera forma, en cuyo caso se estima que la materia ecsiste i que atrae á sí la forma (3). Si la nueva especie no puede

---

(1) Lo mismo estaba mandado por las leyes de las 12 *Tablas. Lei* 2. *tab.* 7.

(2) Sala tom. 1. *lib.* 2. *tit.* 1. *nn.* 24, 25, *i* 26.

(3) Los sabinianos i proculeyanos estaban divididos en opiniones, afirmando unos que la materia era mas noble que la forma, i otros que esta era superior á aquella. Los proculeyanos decian que la especie formada de materia ajena era de los que la formaron, por cuanto la forma, segun ellos, dá el ser á la materia. Los sabinianos por el contrario defendian que debia per-

reducirse á su primera forma, esta nueva especie será del que la formó, la razon es bastante óbvia, porque la materia en este caso se tiene por estinguida: la especie formada sera nullius, i se adquirirá por el primero que la ocupe §. 23; i siendo este el que dió la forma, será de él, perteneciendo semejante modo de adquirir á la *ocupacion*; el que de ubas ajenas, saca vino, el que de aceitunas que no son suyas, aceite, no podrá reducir aquella nueva forma á su primera materia. Si alguno ha formado nueva especie, parte con materia propia, i parte con ajena, será del que la formó, porque ademas de la forma puso parte de la materia.

55. Consultandose con la equidad natural, se da la accion *in factum* al señor que perdió la materia, contra el que dió la forma, para que le dé el valor de la materia. Al que dió la forma, la escepcion de *dolo malo*, para que pague las impensas que haya hecho. Cuando la cosa es del que dió la forma, se requiere que la haya dado en su nombre i de buena fé: si la ha dado en nombre de otro, será de aquel otro. Si de mala fé á materia ajena dió nueva forma, se entiende que se la ha dado en nombre del señor de la materia.

56. La tercera especie de *accesion industrial*

---

tenecer la nueva especie á aquel que antes lo era de la materia, por creer que esta era la parte mas noble, pues sin materia no podia darse forma. Justiniano concilió ambas opiniones.

es la *confusion ó mezcla*. Usanse indistintamente las voces confundir i mezclar; pero en derecho tienen significaciones diversas. Confúndense las cosas líquidas, i se mezclan las sólidas. Tratamos de las primeras. Confusion es *cuando dos líquidos se unen i no forman mas que uno solo*. Cuando se mezclan cosas áridas, la conmistion retiene íntegra su sustancia: v. g., si se unen nueces con castañas, es mui fácil su separacion; por lo tanto no surte efecto alguno en derecho esta mezcla; mas confundiéndose mi vino con el de Juan, esta conmistion produce efecto, i debe saberse lo que está ordenado por las leyes.

57. El efecto de la confusion es la comunion: toda confusion se hace ó por voluntad de sus señores, ó sin ella; por casualidad, ó por un tercero. En el primer caso, la confusion es comun á prorata i proporcion de la cantidad que cada uno confundió, importando nada sean de un mismo jénero ó diverso. Despues de la confusion es de cada uno de ellos en comun: de suerte que estas partes mas bien se perciben con el entendimiento que con los ojos. Por consiguiente ninguno puede, como antes de la confusion, vindicar separadamente lo suyo, sino tan solamente por la accion de *communi dividundo*, pedir la division, i que se le dé la parte que le corresponda, como si dos confundieran cada uno 100 arrobas de aceite de igual precio, pedir que se le separen las 100 arrobas que le corresponden. Si la cosa no tiene cómoda division, toda ella se adjudica á uno, i será obligado á dar á los compañeros el valor de sus partes.

58. Si la cosa ha sido confundida por caso fortuito, será comun si no sufre division. Si la admite, como si ha sido confundido oro con plomo, se debe dividir, dándose para el efecto la accion *ad exhibendum* §. 50. Si la confusion se ha hecho por uno de los dueños, si las cosas confundidas pueden separarse, cada cual puede pedir su parte, porque las cosas no han mudado de sustancia. Si no pueden dividirse, será del que las confunde por derecho de *especificacion*, dando á los otros el valor de su materia. Lo mismo resulta cuando un tercero hace la confusion.

59. La tercera especie de accesion es la *mista* §. 40, i se estima por tal la que proviene parte del beneficio de la naturaleza, parte de la industria del hombre, como sucede por la *plantacion*, *siembra* i *percepcion de frutos*.

60. En la siembra i plantacion se observa la regla *de que lo sembrado ó plantado cede al suelo*. El suelo se considera como principal, i lo que en él se siembra ó planta, como accesorio. Lo accesorio sigue á lo principal, §. 49; luego las mieses, árboles i plantas ceden al suelo. Con respecto á los árboles puestos en los linderos de dos tierras, ha de observarse la regla, *que por derecho civil se estima el dominio del árbol por las raices*, en lo que estan mui sutiles los filósofos romanos, formando el siguiente raciocinio: todo nutrimento i suco vital del árdol ó planta es atraido por las raices (1); luego del suelo, por

(1) *Se equivocaron en esto los filosofos anti-*

el que se estienden, se alimentan. Así, el árbol plantado en cierto suelo era del señor del suelo. Si el árbol estaba inmediato al fundo vecino, era comun echando raíces en una i otra tierra; mas si se estendian casi todas por el un campo, i pocas por el otro, era del propietario de aquel campo, perteneciéndole sus frutos.

61. Si alguno siembra en suelo ajeno, lo que siembra cede al dueño del suelo; pero el que sembró con buena fé, tiene la escepcion de *dolo malo*; para que se le abonen las impensas; si sembró de mala fe, se entiende quiso donar.

62. *La percepcion de frutos* era la tercera especie de accesion mista, §. 59; i teniendo gran uso en la práctica, es preciso tratarla con detencion. Segun Varron, las cosas que adquirimos se llaman *frutos*. Estos ó son *naturales* ó *civiles*. Civiles, *los que no nacen de la cosa, sino estrinsecamente por ocasion de ella, i con derecho se perciben*; de cuyo jénero son las usuras ó premios, pensiones, réditos annales &c. Propiamente no son frutos, pero se les da el nombre de tales, porque hacen las veces de estos. Naturales, *los que la misma naturaleza produce*, pues provienen mas bien de la naturaleza que de la industria i trabajo del hombre, como las frutas, las maderas, el heno &c.; ó mas de la industria del hombre que de la naturaleza, como son las legumbres: á estos llaman *industriales*, i juzgan algunos pertenecen á la misma cla-

---

gios, pues el árbol no menos se alimenta por las ojas, que por las raices.

se el feto de los animales, su leche i lana.

63. En la persona para adquirir estas cosas, es necesario: 1.° Que posea la cosa con ánimo i efecto de señor. 2.° Que la posea con buena fé, esto es, que tenga una justa causa por la que crea le pertenece la cosa. Debe ser esta buena fé continua, aunque en la usucapion tan solo se requiere tenerla al principio. 3.° *Justo título traslativo* de dominio. En efecto, el poseedor en quien concurran todos estos requisitos, será tenido por señor, mientras no se le pruebe lo contrario, i hará suyos todos los frutos, adquiriéndolos tan luego como los perciba, ó lo que es lo mismo, que los separe de la tierra. Importa poco que los perciba ó separe el poseedor, ó un tercero en su nombre.

64. Esta adquisicion pertenece á la percepcion por derecho natural. Segun Justiniano, por la cultura i cuidado del poseedor; pero la principal razon depende de la persona del poseedor, esta es la buena fé, que hace sea tenido por verdadero señor, i no solo le pertenecerán los frutos, sino tambien todo aquello que le corresponda al señor. Al poseedor no le toca probar la buena fé, sino al contrario le incumbe justificar no la ha tenido.

65. El poseedor *por la cultura i cuidado* adquiere todos los frutos, con sola percepcion, posea por título oneroso ó lucrativo; sean industriales ó naturales. Es verdad que son pocos los frutos en que el hombre no ponga su trabajo é industria; sinembargo, los meramentes naturales adquiere tambien por su buena fé, como igualmente todos

los frutos que haya consumido, pagando al verdadero señor las impensas con respecto á los que aun ecsitan sin haberlos percibido. El marido no está obligado á restituir los frutos industriales aunque no se hayan separados, porque asi lo tiene dispuesto el derecho.

66. Á pesar de esta escepcion, no es falsa la regla sentada, de que el poseedor hace suyos los frutos con solo la percepcion, pues se ha de saber que la adquisicion del dominio es de dos modos: uno perpetuo é irrevocable; otro temporal i revocable, cual es la percepcion de frutos por el poseedor de buena fé, que aun no han sido consumidos. Esta adquisicion pierde la causa del dominio por otra que sobrevenga, á la inversa de los que estan consumidos, cuya adquisicion es irrevocable.

67. El poseedor de buena fé, como hemos dicho, no está obligado á restituir los frutos consumidos, aunque por ellos se haya hecho mas rico. Nada obsta que en el juicio de la *peticion de herencia* el poseedor de buena fé esté obligado en tanto cuanto se haya hecho mas rico. El poseedor hereditario no tiene titulo alguno; los frutos por él percividos pertenecen al número de las cosas hereditarias i aumentan la herencia, por lo que nada hace suyo, i en nada puede lucrarse de lo consumido. La peticion de herencia no es solo accion *real*, tiene ademas sus prestaciones personales. Las cosas hereditarias nunca se estiman por consumidas, porque faltando, sucede su precio. Cuando el poseedor se ha hecho mas rico por los frutos cousumidos, se supone que

ecsisten, por estar en poder del posedor el valor de ellos mismos.

68. El poseedor de mala fe, por no tener ningun derecho en la cosa, no hace suyos ninguna clase de frutos, ni percibe los ecsistentes, ni lucra los consumidos. Está, sí, obligado á restituir la cosa con sus frutos ecsistentes i consumidos. No tiene por medio de la restitucion, la escepcion de *dolo malo*. Si empezó á poseer con buena fe, i siguió de mala poseyendo, restituirá los frutos recibidos desde que empezó la mala fe. Estímase principiar esta desde que se contesta á la demanda; porque en estas circunstancias, se igualan en todo á los ladrones. En los frutos percibidos antes del juico i consumidos despues de él, será condenado á pagar su estimacion.

69. En suma, todos los poseedores de mala fe, entre quienes se interrumpe la posesion despues de *contestada la demanda*, (1) deben restituir la cosa con sus frutos. Se dá la *rei vindicacion*, contra el poseedor escistiendo los frutos. Si se han consumido, *la condicion furtiva*. No solo es responsable de los percibidos, sino tambien de los que pudiendo haber percibido, no los percibió, porque su neglijencia no debe perjudicar al señor.

---

(1) Demanda es un escrito breve, en que se contiene lo que se pide en juicio: Esta la hace la parte quien pide, i se le dá traslado á aquella contra quien pide, que responde por medio de otro escritos que se llama contestacion.

70. Por nuêstro derecho está dispuesto lo mismo, añadiendo *Sala*, que con respecto á las impensas que hace el poseedor de cosa ajena, debe tenerse presente la *lei* 44. *del tít.* 28. *P.* 3. que las distingue en *necesarias*, *útiles*, i *voluntarias*. Las necesarias, puede cobrar todo poseedor sea de buena ó mala fé, no debiendo entregar la cosa al dueño hasta que se las pague; pero debe tomar en descuento los frutos ó provechos que hubiese percibido. En las no necesarias, pero útiles ó provechosas, distingue entre el poseedor de buena i de mala fé. El de buena, las puede cobrar como las necesarias, pero el de mala puede sacar i llevárselas si el dueño de la cosa no se las quisiere pagar. Esto mismo puede hacer el de buena fé en las espensas voluntarias; bien que deberá dejarlas si el dueño de la cosa le pagare lo que debia sacar de ellas. El poseedor de mala fe, nada saca por razon de estas depensas.

71. Se dijo que los modos orijinarios de adquirir el dominio, eran la *ocupacion* i *la accesion*: síguese el derivativo que es la *tradicion* §. 21. Esta especie de adquisicion se refiere á la ocupacion, por que aunque decimos que se adquiere el domino por medio de la tradicion, no por esto debemos entender que lo adquirimos por el solo hecho del que lo entrega. Diferenciase este modo de los demas, en que en aquellos no se requiere mas hecho que el de la aprehension, por que se ocupan sin injoria de tercero. En la tradicion se ecsije el consentimiento i voluntad del señor, por que á la verdad ninguno quiere sin causa transferir el dominio que tiene en una cosa, por cuya

razon aunque el modo i el título de adquirir el dominio, en nada se distinguen de los demas modos de adquirir por derecho de jentes, siempre se diferencian de la tradicion. El título, como se ha dicho, es el contrato mediante el cual se ha trasladado el dominio, v. g. la venta, la permuta, la donacion &c, recibiéndose la cosa vendida, permutada, donada &c. de su verdadero dueño. El modo es la tradicion, esto es, la entrega de la cosa.

72. Tradicion es *un modo de adquirir derivativo, por el cual el señor que tiene derecho i ánimo de enajenar, transfiere por justa causa el dominio de las cosas corporales en el que las recibe.* La tradicion se da solo, segun la definicion, en las cosas corporales, i en las incorporales cuasi-tradicion, consistiendo en la paciencia de uno i ejercicio de otro. La tradicion es *natural* i *verdadera*, ó *finjida*: esta es *simbólica*, ó *brebis manus*, ó *longa manu*. Natural, cuando se entrega al que traspasamos el dominio una cosa mueble, ó semoviente. *Simbólica,* cuando se hace por símbolo ó señal que representa i denota la tradicion de lo que se vende, como, p. e. se hará del comprador el trigo que hai en un almacen, entregándole el vendedor las llaves á vista del mismo granero *Brevis manus*, cuando, p. e. tengo una casa en arrendamiento, i se la vendo al inquilino, se hará del comprador sin tradicion real; porque para evitar rodeos se finje que me la restituyó, i yo se la entregué despues. *Longa manu* cuando pongo la cosa en presencia de otro, i sin tocarla, sino solo viéndola, se la entrego.

73. Para que la entrega surta sus efectos, es preciso se haga por el verdadero señor, pues jamas podrá transferir el dominio de la cosa el que no es dueño de ella, ó está encargado para hacerlo por su lejítimo señor. No se traslada menos el dominio con la tradicion finjida, que con la verdadera, requiriéndose haya tradicion, pues si convengo con Juan en darle por venta cierta cosa, no se hará dueño mientras no se la entregue, sin que haya adquirido en ella mas que el *derecho á la cosa vendida*.

74. El dueño de la cosa puede transferir su dominio á otra persona entregándosela, lo que es mui conforme al derecho natural; mas para que surta los efectos civiles se requiere precisamente; 1.º que el que entrega sepa que es suya la cosa. 2.º Que tenga una justa causa para entregarla, v. g., venta. Contrayéndonos á lo 1.º, quien entrega una cosa con conocimiento de que no es de su propiedad, no la da con ánimo de transferir el dominio, i el que la recibe no es dueño de ella, sino poseedor, i de mala fé si sabe que del que la hubo no era lejítimo señor. Si el que entrega la cosa no yerra sino en la causa de porque la debe, este error en nada impide su enajenacion, aunque tiene la escepcion de *indebitis solutio*, pues ninguno transfiere el dominio de la cosa sin causa, i no habiéndola, no se presume quiso enajenarla, mas si no se espresó ésta, se entiende que la donó: p. e., entrego mi caballo á Juan, en la intelijencia de que se lo he vendido; cuando me entere de que padecí equivocacion, puedo vindicarlo; mas si se lo doi sin

ningun antecedente, solo porque quiero, es claro que se lo regalo.

75. Tampoco impide la traslacion de dominio, si el que entrega la cosa es por una causa, i el que la recibe cree es por otra, pues basta que tanto uno como otro tengan una causa translativa de dominio; p. e., entrego un fundo creyendo lo debo por testamento, i el que lo recibe está en la intelijencia que le es debido por estipulacion. Las dos causas son translativas de dominio, i la tradicion es válida. Si la causa, ó por parte del que la entrega, ó por la del que la recibe, no es translativa de dominio, la tradicion no es válida.

76. Para transferir el dominio de la cosa es necesario no esté prohibida su enajenacion, como sucede en el fundo dotal; ó que la causa no sea prohibida, como la donacion entre marido i mujer. Se puede transferir el dominio con la simple tradicion, no solo de las cosas *no mancipias*, sino tambien de las *mancipias*. §. 32. De las cosas que se entregaban, adquiria el que las recibia un pleno derecho, habiendo quitado Justiniano la diferencia entre el dominio natural *bonitario*, i el *lejítimo civil: quiritario*. Se enajenaban por la tradicion los predios tributarios i estipendiarios, que son los provinciales, á los que Justiniano equiparó con los itálicos; antes no podia hacerse, por no tener en ellos sus señores un pleno dominio.

77. Cuando se entrega una cosa á otro, sea por cualquier causa, inmediatamente se hace del que la recibe. En la venta no sucede asi; pues

las cosas entregadas al comprador, no de otro modo se hacen de este, que entregando el precio ó satisfaciendo de otro modo (1). Es la razon, que en la venta para la tradicion se requiere un nuevo hecho, á saber, la solucion; porque, segun el sentido comun de todos los hombres, no se entiende que el vendedor ha querido entregar la cosa al comprador, ni que sea de este, mientras no le dé el precio convenido. Si la cosa ha sido vendida de buena fé, inmediatamente pasa al comprador; dictándolo asi el derecho natural i el de jentes, aunque tambien lo mandaban las Leyes de las doce Tablas (2).

78. Aunque para transferir el dominio de la cosa, debe ser cierta la persona que entrega i la que recibe, para que haya efecto en uno i en otro contrayente, sucede á veces que se transfiere el dominio á personas inciertas, como cuando en los regocijos públicos ó en los bautismos se arrojan al pueblo ciertas monedas: el que las arroja no las da á determinada persona, porque ignora quien las coje. Este dinero no corresponde á las cosas dejadas por *derelictas*, porque no lo arroja por no quererlo, sino por donarlo.

---

(1) *En derecho la voz* satisfacer *es mas jeneral que la de* pagar. *Toda solucion es satisfaccion; mas no toda satisfaccion es solucion. Satisface aun el que no se libra de la obligacion dando un fiador, ó entregando una prenda; paga el que chancela la obligacion.*

(2) *Lei tercera tab. VI.*

al pueblo; por lo tanto debemos creer que quien lo cojió lo ha recibido por voluntad del que lo tiró. En efecto, el dinero ha sido arrojado con el fin de que al instante se haga del primero que lo tome.

79. Con respecto á la tradicion, por derecho de España se observa lo mismo que estuvo dispuesto por el derecho romano, como fundado, en este particular, en el derecho natural i de jentes (1).

TITULO II.

De las cosas corporales é incorporales.

§. 1.° Qué sean cosas *corporales*, é *incorporales*.
§. 2.° Las incorporales no pueden poseerse.
§. 3.° Subdivídense las corporales.

1. Torna Justiniano á la division de las cosas, que segun se dijo en el §. 31. tít ant., eran *corporales*, ó *incorporales*. *Corporales* son las que pueden tocarse: *incorporales*, las que no se sujetan á los sentidos. Esta distincion proviene de los *Estoicos*, pues solian reducir todos los sentidos á solo el tacto (2). En efecto, cuando di-

---

(1) *Sala tomo 1.° lib. 2. tít. 1.° n. 20.*

(2) *Formaban este raciocinio. Nadie puede ver sin que los rayos luminosos que reflejan los*

sen que las cosas corporales son las que pueden tocarse, es lo mismo que si dijeran, que son las que se sujetan á los sentidos, ó se perciben por ellos. Luego cosas corporales son, todas las materiales: por el contrario incorporales, las que consisten en derecho: v. g. el de cazar; el de servidumbre &c. Todas estas no se perciben por algun sentido, aunque en sus efectos incurran en ellos (1).

2. Por la definicion dada se ve que las cosas incorporales no se poseen. Poseer las cosas no es mas que retenerlas en nuestro poder, guardarlas, ponerlas en custodia, manejarlas con nuestras manos &c.; i por cierto que todas estas funciones

---

cuerpos, pinten su imájen en la retina. Las vibraciones del aire trasmitidas al tímpano, nos informan de los sonidos. El gusto se escita por la impresion de ciertas partículas en las pupilas nerviosas linguales. Si los principios oliviferos no tocan la membrana pituitaria i esreidesiana, carecemos de la idea olor. Siendo pues toda sensacion ocasionada por el contacto, confesaban los estoicos que habia un solo sentido, el tacto.

(1) Dúdase por algunos si el dinero es cosa corporal ó incorporal. La materia de este, siendo oro ó plata labrada, acuñada, ó en bruto es corporal, porque se sujeta á los sentidos. El valor ó precio que la moneda tiene, es incorporal, porque se resiste al tacto, i no puede percibirse por los sentidos, sino solamente con el entendimiento.

no pueden verificarse en las incorporales. Asi estas, como consisten en derecho, se dice que se cuasi-poseen, mientras usamos de ellas. Ademas las cosas incorporales no se entregan, sino cuasi se entregan §. 72. *tit. ant.* Tenemos tambien, que las incorporales no están en dominio. Hemos definido este, diciendo es un derecho en las cosas corporales §. 5. *tit. ant.*: luego no podemos decir que el derecho de prenda está en dominio, menos el de servidumbre, ni tampoco la obligacion. Sinembargo por cuanto nos proporciona grandes derecho, i no carecen de precio, se dice que están en los bienes, que componen parte de nuestro patrimonio.

3. Las corporales se subdividen en *semovientes, muebles*, é *inmuebles*. Semovientes son las que por virtud propia se mueven, como el caballo, el buei &c.: muebles, las que con facilidad pueden llevarse de un sitio á otro, como un libro, una mesa &c.: inmuebles, las que físicamente no pueden moverse, como el campo, la casa &c., ó las que componen parte de ellas, i son inseparables de las mismas, como las ventanas, puertas, vigas &c; ó las que están perpetuamente destinadas para un uso inmueble, como una prensa de paños, una viga de aceite &c.

TITULO III.

De las servidumbres de los Predios.

§. 1.° 2.° i 3.° Que sea *servidumbre*: su dificion.

§. 4.° Varias clases de servidumbres. Que sea predio *dominante*, i que se entienda por predio *sirviente*.
§. 5.° Reglas que se han de observar en las servidumbres.
§. 6.° i 7.° Modos de constituirse.
§. 8.° h. el 14.° Servidumbres *urbanas*;
§. 15.° i 16.° Trátase de las *rústicas*.
§. 17.° Las servidumbres pueden ser infinitas.
§. 18.° Modos de acabarse.
§. 19.° Derecho Español.

1. Hemos visto la diferencia que hai entre las cosas corporales, é incorporales · síguese ya la doctrina de las *servidumbres*. No hablamos de nuevo de la servidumbre llamada por otro nombre *esclavitud* de la que se trató en el libro 1.°, sino de la que es *un derecho en cosa ajena, mediante el cual por la utilidad de quien le tiene, se halla obligado el dueño á no hacer, ó á permitir que se haga en ella lo que de otro modo no consentiría.* (1) Decimos que la servidumbres es de-

---

(1) *En latin es*: jus in re alienta constitutum, quo dominus in re sua aliquid pati vel non facere tenetur in alterius utilitatem. *La servidumbre puede llamarse* activa *en la persona que tiene derecho á usarla en la heredad de otro, i* pasiva *respecto de esta i del que la debe; por manera que no hai ninguna servidumbre, en cuya virtud esté*

recho con respeto á aquel en cuyo favor está constituida; siendo carga ú obligacion del que la sufre. Observamos que la servidumbre es derecho *en la cosa*, pues en el §. 4. tít. 1.° se dijo que á las cuatro especies del derecho en la cosa, podian referirse las servidumbres; i con razon, porque si me está constituido algun derecho en las cosas de mi vecino, no me está obligada la persona, sino su misma cosa. Decimos tambien, que la servidumbre *es derecho en cosa ajena*, por que la propia no sirve á su señor; p. e. si tengo la servidumbre de sacar agua del pozo de mi vecino, adquiriendo el dominio del predio en que está el pozo, deja de haber servidumbre, porque ya el pozo no es cosa ajena, sino propia, i asi no sacaré agua por derecho de servidumbre, sino por derecho de dominio.

2. Añadimos, *mediante el cual, el señor está obligado á padecer, ó á no hacer alguna cosa en utilidad de otro*. En esto consiste la esencia de la servidumbre: está cimentada en *padecer*, ó *no hacer*. v. g. si tengo derecho para sacar agua del pozo de mi vecino, *sufre* i *padece* este gravámen sin que pueda impedírmelo. Si ecsijo del vecino que no levante su casa mas que hasta cierta altu-

---

obligado el dueño del fundo que sirve á hacer en él alguna casa. La facultad que tiene un dueño para hacer en su cosa lo que le parezca, es efecto del dominio, i no puede llamarse servidumbre cuyo objeto es la cosa ajena.

ra, está obligado á no *hacer* lo que otro como señor i dueño haria (1).

3. De la misma definicion se deduce, que en las servidumbres *las cosas sirven ó á las personas, ó á otras cosas*. Si las cosas sirven á las personas, se llama *servidumbre personal*, si á las cosas, ó lo que es lo mismo, cuando un predio á otro predio, será entonces *servidumbre real ó predial*: asi p. e. á uno se le constituye un usufructo; el predio sobre que se ha constituido sirve á la persona; por lo que el usufructo es servidumbre personal. Por el contrario, si en la pared del vecino deben meterse las vigas que sustenten los techos de mi casa, será real esta servidumbre, por cuanto un predio sirve á otro predio. Las *personales* son cuatro; *usufructo*, *uso*, *habitacion* i *las obras de los esclavos*, de las que se habla en los siguientes títulos. Se diferencian ademas en el efecto; pues sirviendo en las primeras los predios á las personas, espiran con esta; mas en las reales, como los predios sirven á los predios, son perpetuas, aun cuando perezcan las personas en cuya utilidad se constituyeron.

4. Correspondiendo en este título hablar de las *servidumbres reales*, que se llaman por otro

---

(1) *No se dan servidumbres en hacer, como afirma Ulpiniano. En efecto, si promete el vecino reedificar mi casa, no será esta servidumbre, sino una obligacion personal, sin producir derecho en la cosa, sino* á la cosa.

órden *prediales*, es preciso saber que, sirviendo siempre un predio á otro predio, el que reporta la utilidad se llama predio *dominante*, i el que sufre la carga en utilidad de otro, *sirviente*: p. e., si las vigas de mi casa descansan en la pared del vecino, mi casa será el predio dominante; la del vecino, el sirviente; porque está obligado á sufrir el peso de mis vigas. Siempre toma del predio dominante el nombre la servidumbre; de suerte que si este es predio rústico, la servidumbre será *rústica*; si urbano, se llamará *servidumbre urbana* (1).

5. Con estos antecedentes podemos fijar las siguientes reglas. Primera. *Toda servidumbre precisamente ha de estar constituida en predio ajeno*; pues siempre que uso de mis cosas, no lo hago por derecho de servidumbre, sino por

---

(1) Omitimos la cuestion de qué predios se llamarán rústicos, *i cuales* urbanos, *pues nos conformamos en un todo con lo que dice* Sala, *que tiene por servidumbre urbana, cuando una casa sirve á otra casa, esté situada en ciudad ó campo; i por servidumbre rústica, cuando una heredad ó campo, sirve á otra heredad ó campo, ya esté dentro de poblado, ya fuera de la poblacion.* Heineccio *atiende para darles el nombre, al uso á que estan destinados los predios, de suerte que si el predio sirve á usos económicos, cosas del campo, de ganados, agricultura &c. será* rústico, *ya esté en la ciudad, ya en el campo; si está destinado para habitacion, urbano.*

el de dominio. §. 1.º Segunda. *Ninguna servidumbre consiste en hacer, sino en sufrir ó no hacer.* En efecto, á todo señor le es permitido hacer en su posesion lo que quiera, sin pedir permiso á nadie: luego siempre que tenga coartada esta libertad, será por estar su predio afecto á alguna servidumbre. Siempre que esta consiste en *sufrir*, se llama servidumbre *afirmativa*, como la de introducir vigas en la pared ajena, sacar agua del pozo del vecino &c. Cuando en no hacer, *negativa*, como la de no levantar mas alto, no perjudicar las luces del vecino &c. Tercera. *Toda servidumbre es indivisible*; es derecho, i este no puede dividirse; asi no puede constituirse servidumbre de media senda, de media via. Cuarta. *La causa de la servidumbre debe ser perpétua.* Es la razon, porque bajo este concepto son constituidas, para que el vecino pueda disfrutar de la servidumbre siempre que quiera; mas no siendo la causa perpétua, no podrá el señor del predio dominante valerse de ella cuando quisiere: p. e., concedo licencia para que el vecino saque agua de mi pozo; constituyo verdaderamente una servidumbre; mas no se tendrá por tal, si la licencia ha sido para sacar la de una cisterna, que por lo regular se seca en el verano, i aun en años poco lluviosos apenas llevan agua en el invierno.

6. Podremos ya entender tambien con qué pactos se constituyen las servidumbres. Es menester distinguir entre el derecho en la cosa, i el derecho á la cosa. Este último se adquiere: 1.º por el pacto ó estipulacion, v. g., si algu-

no me promete servidumbre en sus cosas. 2.° Por última voluntad, como si por testamento ó codicilo se me lega, p. e., el derecho de sacar agua. 3.° Por la prescripcion, que se verifica cuando se usa de algun derecho en cosa ajena por diez años entre presentes, i veinte entre ausentes. En el primer caso solo tengo derecho á la cosa. La persona que prometió, ó su heredero me están obligados, no la cosa; de aquí solo tengo mera accion personal, no real. Si se quiere apurar con qué pacto adquiero el derecho en la cosa, téngase presente lo que se dijo en el §. 77. *tít* 1.° que insinuamos era por la subsiguiente cuasi tradicion. Digo *cuasi tradicion*, porque la servidumbre como derecho, es cosa incorporal, las que no pueden entregarse sino cuasi entregarse. Esta se verifica por el uso que empieza á hacerse, i la paciencia que el dueño del predio sirviente manifiesta, cuando se constituye por pacto. Empero en la servidumbre dejada por testamento, se adquiere en ella derecho en la cosa, desde el momento de la muerte del testador, pudiendo pedirse por accion real.

7. Es obligacion del dueño del predio dominante guardar i mantener el cauce ó canal por donde pasa el agua; i la razon se funda en la regla que dejamos sentada en el §. 2.° pues ninguna servidumbre puede constituirse en hacer. De la regla sentada, de que toda servidumbre es indivisible, se deduce no puede establecerse por parte, pues el derecho como cosa incorporal, no puede admitir division, mas el uso de la servidumbre la admite, no habiendo dificultad se di-

vida por razon del *modo*, como si concedo á Cayo la servidumbre de senda, con tal que transite solo con una bestia: i del *tiempo*: v. g. te concedo el derecho de pastar solo por las mañanas, ó en ciertos dias.

8. Basta lo dicho sobre la servidumbre en jeneral. Pasemos á tratar de cada especie en particular, principiando por las *urbanas*. *La primera es, la de sufrir una casa la carga de otra, como pilar, ó columna para poner alguna viga, i edificar sobre ella.* A esta llamaron los romanos servidumbre de *oneris ferendi* Se ofrece una dificultad, es á saber ¿á quién toca reparar la columna ò pilar; si al señor del predio sirviente, ó al del dominante? Convienen todos los jurisconsultos, en que es obligacion del señor del predio sirviente, no obstante que la servidumbre no puede consistir en hacer, sino en no hacer ó sufrir §. 2.º por cuyo razon es llamada esta servidumbre *anómala* ó *irregular*.

9. Segunda. *El derecho para que descansen mis vigas en la pared del vecino*, á la que llaman de *tigni immitendi*, entendiéndose por *tignos*, no solo las maderas de los techos, sino tambien todo material de que constan los edificios, como *piedras*, *fierros* &c. Se diferencia esta servidumbre de la anterior, en que por aquella todo peso de mi casa descansaba sobre la pared i columna del vecino; mas esta sola tal cual viga se introduce en la pared de la casa inmediata.

10. Tercera. *El derecho para poner un corredor en mi casa, que, dando al área del vecino, no descanse en parte alguna de ella, i si so-*

lo amenace; á esta llaman de *projiciendi*. Cuarta. *El derecho para poner en la pared de nuestra casa una cubierta ó guardapolvo, para que las aguas de las lluvias escurran en el área vecina*; llaman á esta de *protegendi*. Quinta. *El derecho para que alguna habitacion de mi casa pise en techo del vecino*. Sesta. *Para que el predio vecino admita la gotera de mis tejados*. Se nomina de *stillicidii recipiendi*. Séptima. *Stillicidii non recipiendi*, cuando los estatutos municipales permiten que las goteras de las tejas caigan en el fundo vecino, i pacto con el señor lo contrario. Octava i novena. *Fluminis recipiendi, et non recipiendi*. Son iguales á las dos anteriores, con la diferencia de que por estas se constituyen las servidumbres de que las aguas de mis tejados caigan ó no caigan por *caños* en el predio del *vecino*.

11. Décima. *Altius non tollendi*, no levantar mas alto. Es el derecho que tiene el vecino para impedir que mis casas se levanten á mas de cierta altura. A todos por derecho natural es permitido disponer de lo suyo como mejor quiera, pero en términos que no se introduzca en lo ajeno. De lo dicho es una consecuencia necesaria el que cada uno pueda edificar su casa i llevarla á la altura que quiera, aunque quite por este medio al vecino la vista ó luz. No se puede evitar esta incomodidad, sino rogando al que edifica permita se imponga la espresada servidumbre. Si no obstante sigue edificando, tiene el vecino la accion *confesoria* para impedir no levante á mas altura que la estipulada.

12. Undécima. *Altius tollendi.* En la anterior ninguna dificultad puede ocurrir; mas en la presente muchas. Si por derecho natural puede cualquiera levantar su casa hasta donde quiera, ¿qué necesidad tiene, pues, de ecsijir la imposicion de dicha servidumbre? La libertad i la servidumbre son diametralmente opuestas. A esto responden varios jurisconsultos, i resuelven la dificultad, diciendo que, si nada está constituido por derecho público sobre la altura de los edificios, el derecho de edificar es de libertad, i cualquiera por este mismo derecho puede levantar sus casas á toda la altura que quiera, i el vecino no lo impedirá sino por medio de la servidumbre de *altius non tollendi.* Si por lei ó estatutos municipales está señalada la forma de los edificios, de cuya altura no pueda escederse, si el que edificare quiere levantar mas alto, necesita que por medio de la servidumbre *altius tollendi* lo permita el vecino (1).

13. Décimatercia i décimacuarta. *Luminum et ne luminibus officiatur.* Para entender estas dos servidumbres, es necesario notar: 1.° que ninguno puede abrir ventana sino en sus paredes. 2.° Que en ellas puede hacer lo que quiera, i aun cerrar las del vecino edificando. 3.° Que no pueden abrirse de modo que den á la casa de junto. Si pues constituyo con mi vecino que pueda abrir una ventana en pared de me-

---

(1) *En Roma i Constantinopla estaba determinada la altura que debian tener los edificios.*

dianía con la suya, resultará la servidumbre de *luminibus*. Si teniendo esta ventana, tratan de cerrármela, puedo obligar á que no se verifique; en cuyo caso será la servidumbre de *ne luminibus officiatur*.

14. Décimaquinta i décimasesta. *Prospectus et ne prospectui officiatur*. La primera es cuando se me permite pueda por medio del edificio vecino ver algun lugar ameno, aunque esté mui distante. Si el vecino ha prometido no impedirme la vista edificando, tengo la servidumbre *ne prospectui officiatur*. Entre estas i las dos anteriores hai la diferencia de que en aquellas las ventanas pueden tener persianas; mas en la ventana construida para disfrutar de las delicias de un verjer, debe estar toda abierta: en las anteriores los predios estan contíguos; en esta pueden estar á gran distancia. Por la primera es lícito plantar árboles delante de la ventana, por esta nada que estorbe la vista (1).

15. Espuestas las *servidumbres urbanas*, pasemos á tratar de las *rústicas*. Las principales son tres, *senda*, *carrera* i *via* ó camino. Consisten en que por cada una de ellas puedo pasar por el fundo ajeno, diferenciándose en que, si solo tengo la servidumbre de *iter* ó senda, no puedo mas que pasar solo, no con bestia cargada, mucho menos con carro. Si disfruto la de *actus* ó *carrera*, me es permitido transitar á pie ó á ca-

(1) *Se reconocen otras varias servidumbres, empero las espuestas son las mas frecuentes.*

ballo, con bestia cargada, i aun con carretilla de mano. Si la de *via* ó camino, puedo ir ó venir como quisiere, aun con carro, i llevar piedras ó maderas arrastrando. Ademas de estas diferencias notables, tenemos que la via ó camino ha de tener ocho pies de ancho en lo derecho ó recto, á no ser que las partes convengan en otra cosa; i por donde tuviere alguna tortura, diez i seis, sin impedimento por lo alto hasta la elevacion de una carreta cargada; de suerte que si las ramas de un árbol estorvan por lo alto, pueden cortarse por el señor del predio dominante, i dejarlo reducido á su justa medida (1). El *actus* ó *carrera* tenia cuatro pies de ancho; la senda lo mas hasta tres pies. Realmente el que tenia via, tenia el *iter* i *actus*; el que *actus*, el *iter*, mas no la via; i el que *iter* carecia de *actus* i *via*.

16. Todas las demas servidumbres rústicas, se comprenden solo con saber la significacion del vocablo: asi la de *aquæductus*, es el derecho de llevar agua por heredad de otro, para nuestros molinos, ó regar nuestras tierras. Es obligacion del dueño del predio dominante guardar i mantener el cauce, acequia ó canal por donde corre el agua, de manera que no pueda ensanchar, alzar, ni hacer daño á aquel por cuya heredad pasare. Pero si este mismo dueño tuviese el derecho de llevar el agua de fuente que naciere en heredad ajena, no podrá el amo de esta

---

(1) *Son 15 pies segun las leyes de las doce Tablas.*

conceder á otro el mismo derecho sin consentimiento de aquel, sino es que fuese tanta el agua que abundare para las heredades de ambos. La de *pecoris ad aquam adpulsus*, es el derecho de sacar agua de la fuente ó pozo de otro para beber yo, mis labradores, bestias i ganado; i teniendo este derecho, le tengo tambien para entrar i salir en la heredad en que está el algua, siempre que me fuere menester. *Jus pascendi* es el derecho de que mis ganados pasten en prados ó dehesas de otro. *El de sacar tierra, arena, ó hacer cal en heredad ajena*, para hacer casa; tinajas ó algunas otras cosas para comodidad de mi predio.

17. Puédense constituir otras muchas servidumbres, conforme la índole de las cosas rústicas, necesidad, ó indijencia del padre de familias. En todas han de observarse los pactos que forman las servidumbres, pudiendo todo el que sea dueño de alguna heredad imponerla sobre ella, i si fuesen muchos en comun, todos la deben otorgar cuando la ponen.

18. Falta ver los modos de acabarse la servidumbre. Aunque este derecho es perpetuo §. 5.º, como todo derecho *en la cosa*, por accidente puede acontecer se concluya. Se verifica: 1.º por la *consolidacion*, que sucede siempre que el predio dominante i sirviente se hacen de un mismo dueño, pues segun se dijo en el §. 1.º las cosas no sirven á su dueño por razon de servidumbre, sino de dominio. 2.º Por la *remision*: están constituidas á favor del predio dominante, i el propietario puede renunciar su derecho. 3.º Por el no uso de 10 años entre presente, i 20 entre au-

sentes, lo que se observa en toda prescripcion que por igual número de años se adquiere ó pierde la posesion. Tienen de particular las servidumbres urbanas, al que en estas no basta solo el no uso, sino tambien debe el otro probar su libertad: p. e. el que tiene derecho de meter sus vigas en la pared del vecino, pereciendo la casa por un incendio, no le basta para perder la servidumbre, el que por 10 años no haya introducido vigas, sino es preciso que el del predio sirviente justifique su libertad. 4.º Por perecer el *predio sirviente*. Siendo derecho en la cosa, estinguida ésta, todo el derecho que en ella se tenga, espira. Restituido á su antigua forma, revive la servidumbre: v. g. destruye un incencio la pared sobre que descansaban mis vigas, se concluye la servidumbre; si se reedifica en la casa, continúo en la facultad de meter en la nueva pared mis vigas.

19. Por derecho de España se observa lo mismo, prohibiendo la *Lei* 13 *tít*. 31. *P*. 3. que se constituyan servidumbres en las cosas sagradas, relijiosas i santas, como fuera que estan del comercio de los hombres, ni en las destinadas al uso comun de los pueblos, asi como los mercados, plazas, ejidos ú otra cosas semejantes. Ademas los feudatarios ó censuatarios, aunque no son en un todo dueños de las cosas que poseen como tales, pueden otorgar servidumbres á favor de otras heredades, asi como pueden estipularlas á favor de las fincas que tienen en feudo ó á censo. (1)

---

(1) *Sala tomo* 1. *lib*. 2. *tit* 3. *n*. 1.º *h. el* 10.

TITULO IV.

Del usufructo.

1. Dejamos dicho que si en las servidumbres las cosas sirven á la personas, se llamaban servidumbres *personales*, como eran el *usufructo*, *el uso*, *la habitacion*, i *las obras de los esclavos*: si las cosas servian á las cosas, eran las

servidumbres reales, ó prediales §. 3.º *tit.* 3.º Estas últimas quedan esplicadas; pasemos á las personales, i principiando por el *usufructo* decimos es *el derecho de usar i gozar de la cosa ajena, salva su sustancia.* Por *usar* se entiende percibir todo lo que proviene de la cosa, ya pertenezca á la necesidad, á la utilidad, ó á la voluptuosidad. De aqui *usar*, es percibir solo lo necesario, salva la cosa: *abusar*, percibir todo lo que dé la cosa, aunque desperdiciemos su fruto.

2. *El usufructo es derecho*, i derecho en la cosa que es preciso para constituir toda servidumbre: de *usar* i *gozar*; el usufructuario percibe toda la cosa usufructuaria, no solo la que pertenece á la necesidad, sino tambien á la utilidad i voluntad. Usa el fructuario de la *cosa ajena*; es servidumbre, pues la cosa propia no sirve á su dueño por razon de servidumbre, sino de dominio. El señor ciertamente goza i usa, i de aqui llaman á este usufructo *casual*; mas no es servidumbre, ni tratamos ahora de ella, sino del usufructo *formal*, que se constituye en las cosas ajenas. En todo usufructo, concurren dos personas: á una compete el dominio de la cosa, i se llama *propietario*; á otra el *usufructo*, i se intitula *usufructuario.* Decimos, usar i gozar de la cosa *salva su sustancia.* De otra manera no seria uso, sino abuso, que solo tiene el señor del dominio pleno, cuando las leyes se lo permiten.

3. *El usufructuario hace suyos todos los frutos que percibe, como sean ordinarios.* Siendo los frutos ó naturales, ó industriales, proviniendo aquellos de la naturaleza, i estos del sudor é in-

dustria del hombre, se pregunta si el usufructuario adquiere unos i otros. Todos sin diferencia, porque el usufructo es el derecho de usar i gozar: usar i gozar abraza á todo jénero de frutos. Finalmente, el usufructuario no hará suyos los tesoros que encuentre en el fundo en que tiene constituido el usufructo; pues segun el principio sentado, el usufructuario toma tan solamente los frutos ordinarios; i por cierto que en estos no entra el tesoro. Los campos no se conceden para buscar en ellos tesoros, sino para cultivarlos, que es en lo que consiste la verdadera riqueza. Tambien el usufructuario puede arrendar el predio en que tiene usufructo; pues al señor del dominio directo le es indiferente sean cojidos los frutos por aquel ó por un tercero en su nombre, como permanezca salva la substancia de la cosa. Puede igualmente vender los frutos, pues como suyos dispone de ellos á su arbitrio. Mas no tiene facultad para ceder su derecho, porque siendo una servidumbre personal, espira con la persona á cuyo favor se constituyó. Los partos de las esclavas no son del usufructuario, pues estas se dan *para que sirvan, no para que paran.*

5. El señor del dominio útil, segun la deficion, debe solo usar i gozar del usufructo, *salva su substancia*: no permanece la substancia de la cosa si se muda en otra forma; por lo que ni aun en mejor puede variar; de suerte que, estando constituido en un olivar, no podrá transformarlo en viñedo, por mas ventajas que ofrezca. De este mismo principio resulta que el usufructuario está obligado á la reparacion de la cosa usu-

fructuaria; asi, fundado en una casa, debe hacer las correspondientes obras, á efecto de que permanezca siempre la misma substancia. Si en un olivar, debe ararlo, poner estacas en donde se seque algun pie &c. Si en una manada de ovejas, ha de tener siempre en pie el mismo número, con la diferencia de que, si constituyó el usufructo sin detallar el número de cabezas, sino simplemente en una manada, con doce ovejas que tenga, cumple.

5. Cuando se concede el usufructo de una casa que está amenazando ruina, i sin grandes impensas no puede subsistir, el propietario debe hacer la obra. El usufructuario ha de prestar caucion, que llaman *fructuaria*; por la que promete al señor del dominio directo de que tendrá siempre salva la substancia de la cosa, pues de otra manera podria destruirla, i acaso se encontraria el dueño sin tener quien pusiera la cosa en el ser i estado que tenia cuando concedió el usufructo. Asi pues ha de dar fianza de fiadores, obligándose á usar i gozar de la cosa como un buen padre de familia, i á restituirla tan luego como se acabe el tiempo por que se constituyó (1). No

---

(1) *Es tan necesaria i justa esta caucion, que solo puede renunciarla el propietario en cuyo favor está concedida. De aqui si el usufructuario no encuentra fiadores no podrá de por sí percibir los frutos; si no, se pondrá un administrador que llevando cuenta i razon de la cosa usufructuaria, entregará el líquido que resulte.*

se da esta caucion en el usufructo legal. En efecto, aunque el padre goza del derecho de usufructo en los bienes adventicios de su hijo ó hija, no está obligado á prestar caucion, pues procede de la lei, i seria inicuo ecsijiese el hijo caucion de su padre, desconfiando de él.

6. El usufructo solo puede constituirse en cosas *no funjibles*, pues debiendo usar i gozar salva su substancia, es preciso que la cosa no sea de las de esta naturaleza. Dividen los jurisconsultos las cosas en *funjibles* i *no funjibles*: á todas las que constan de peso, número i medida, ó lo que es lo mismo, á todo líquido ó cosa que no puede usarse sin consumirse, como el vino, el aceite, el trigo &c. llaman funjibles. *No funjibles* las demas, como los campos, las casas &c. Las cosas funjibles pueden separarse, poniendo en su lugar otro tanto de lo que se gastó; asi si me prestan 100 arrobas de aceite i las gasto, reponiéndolas con otras 100 arrobas de la misma calidad, satisfago al que me hizo favor. Lo mismo sucede cuando me fian 100 ps., que devolviendo otros 100 ps., quedo libre de la obligacion, aun cuando no sean las mismas monedas. En las no funjibles, el tanto no es lo mismo; pues si se da prestado un libro, no se quedará libre de la obligacion devolviendo otro que trate de diversa materia; asi será necesario, ó que se devuelva el mismo que se prestó, ó que se entregue otro que trate de lo mismo. Las cosas funjibles no admiten precio de afeccion; p. e., si el rei me da una onza de oro, no tendrá mas valor que la que me regale el último de sus vasallos. Las no fungibles lo ad-

miten: v. g., si S. M. me regala una medalla, tendrá para mí mas valor que si me la diese otra persona, aunque en el tipo sean iguales.

7. Resulta de lo dicho que el usufructo precisamente ha de constituirse en cosas no funjibles, porque solo estas no se consumen con el uso; i debiendo permanecer íntegra la substancia de la cosa, es de absoluta necesidad que la cosa usufructuaria no sea de las funjibles. En efecto, seria un absurdo que Juan me concediera el usufructo de su vino; si usa de él, ¿qué utilidad puede prestar? Por esta razon los jurisconsultos han inventado un *cuasi-usufructo*, que tiene lugar en las cosas funjibles, con tal de que el cuasi-usufructuario preste la caucion, que, finalizado el usufructo, restituirá otro tanto del mismo jénero i cualidad. Si tengo cuasi-usufructo en vino, puedo consumirlo, si antes me obligo á restituir la misma cantidad en la propia calidad, finalizado el usufructo, esto es, despues de mi muerte, ó del tiempo de por que se concedió el cuasi-usufructo. Quizás se creerá que el cuasi-usufructo es lo mismo que el mútuo (1): mas hai gran diferencia entre uno i otro. 1.° En el mútuo pueden permitirse usuras, mas en el cuasi-usufructo, de ninguna manera. 2.° En el mútuo no se ecsije caucion; en el cuasi-usufructo si. 3.° En aquel desde el momento en que se consume el contrato puede pedirse la cosa dada en mútuo, á no ser que se señale cierto tiempo; en

(1) *Véase el lib.* 3.°

este dura toda la vida, pues como servidumbre personal espira con la persona.

8. Si se concede en vestidos, hai sus disputas sobre si en este caso se estimará por verdadero usufructo, ó si pertenecerá á la clase de los cuasi usufructos. Muchos distinguen entre los vestidos diarios, i los que solo se usan en ciertos dias de ceremonia: en aquellos afirman que solo puede constituirse un cuasi-usufructo, por cuanto con el uso diario se destruyen: en estos, un verdadero usufructo, pues dura mucho mas salva la sustancia de la cosa, que la vida del usufructuario. Un otro jurisconsulto juzga que habrá un verdadero usufructo; si el testador concediéndolo, manda que finalizado el usufructo se restituyan tales como estuviesen. Por el contrario, será cuasi-usufructo, si ordena que finalizado el usufructo se restituyan vestidos semejantes, i en el estado de uso que aquellos tenian cuando se concedió, ó su estimacion, prestándose la caucion bajo este concepto.

9. Teniendo los romanos un principio de equidad, cual era, *que el que percibia la utilidad debia satisfacer tambien las cargas*, se sigue que siendo en el usufructo toda la utilidad del usufructuario, le incumben todas las incomodidades anecsas al usufructo: asi le corresponde pagar los censos i tributos que sobre sí tenga la cosa; como igualmente las contribuciones que se impongan en bienes territoriales. Si está afecta á alguna carga personal, le corresponde al señor del dominio directo.

10. El usufructo se constituye ó *por la lei*,

ó *por el juez*, ó *por el señor*. Por la lei, cuando dispone que en estas ó en aquellas cosas tengamos usufructo: así por disposicion de la lei, disfruta el padre de usufructo en los bienes adventicios de sus hijos. En muchas partes está recibido, que el marido constante el matrimonio perciba el usufructo de los bienes parafernales de su mujer (1). Igualmente le pertenece al marido por ministerio de la lei los frutos de la dote de su mujer (2). Ademas, cuando el cónyuje pasa á segundas nupcias, en las cosas que recibió de su primera mujer, solo tiene usufructo. Por el *juez*, algunas veces se constituye usufructo en los tres juicios divisorios, si de otra suerte no puede dividirse la cosa comun. Si p. e., á Juan anciano, i á Francisco jóven, se les lega una biblioteca, que su mérito principal consiste en la reunion de diversas obras, puede el juez al primero conceder el usufructo, i al segundo adjudicarle la propiedad, lo que debe hacerse en mui raros casos.

11. Por el *señor*; este puede constituir usufructo ó por *última voluntad*, legando á uno la propiedad i el usufructo á otro, ó por *pacto* ó *estipulacion*. Si lo primero, no precisa la tradicion; desde el momento que muere el testador consigue el usufructo que se le lega. En el último caso los pactos ó estipulaciones solamente dan derecho á la cosa, ó lo que es lo mismo, accion personal contra el promitente, para que preste el

---

(1) *Sala tomo* 1.° *tit.* 5.° *n.* 15.
(2) *Sala tomo* 1.° *tit.* 5. *n.* 11.

usufructo que prometió, no derecho en la cosa, pues este procederá de la subsiguiente cuasitradicion. Ademas la concesion entre vivos se hace ó por *la espresa voluntad del señor*, esto es, por la promesa ó estipulacion, segun se dice, ó por la *tácita voluntad*; si alguno estando presente por espacio de 10 años, ó ausente por 20, consiente en que un tercero use i goce ámpliamente de sus frutos, sin jamás contradecirlo, en este caso se adquiere el usufructo por la prescripcion de muchos años.

12. El usufructo se acaba: 1.º por la muerte natural del usufructuario, como servidumbre personal §. 18. tit. 3.º Si se le concede á alguna ciudad ó villa, como estas no mueren, deberia ser perpetuo. Mas como en el usufructo la propiedad no es del todo inútil al señor del dominio directo, i sí lo seria, si no hubiera algun tiempo en que se confundan los dos dominios, dura 100 años que es la vida mas larga del hombre. 2.º Por la muerte civil, esto es, por la mudanza de estado mácsima i media, pues se perdia todo derecho Quiritario (1). Si se deja á alguna ciudad ó corporacion, ¿pueden estas mudar de estado? Sucederia sin duda quedándose yerma, despoblándose del todo, ó aboliéndose aquella (2)

(1) *Justiniano no quiso se perdiese por la mínima.*

(2) *Tenemos en la Historia un senado-consulto por el que se declara* escecrable á todo el que fuese á habitar á Cartago despues de su des-

3.º Cesa el usufructo por la *consolidacion*, uniéndose el usufructo con la propiedad. Vimos que la cosa no sirve á su dueño por razon de servidumbre, sino de dominio §. 1.º tít. 3.º 4.º Por *destruirse* la cosa dada en usufructo: en efecto, estinguida, se finaliza el usufructo, como sucederá si constituido en una casa, el fuego la reduce á cenizas, á no ser que subsista en el área. Si torna á reedificarse la casa, revive el usufructo.

15. Finalmente se concluye el usufructo: 5.º *por el no uso*, por largo tiempo que espira todo derecho; i 6.º por el *abuso* que haga de la cosa usufructuaria, como si en lugar de mirar por ella como un buen padre de familia, solo trata de esquilmarla, con lo que precisamente se arruinará. En este caso puede el señor de la propiedad repetir contra los fiadores; pues, como dijimos, era preciso dar caucion de mantener la cosa, á lo menos en el mismo ser que tenia cuando se recibió. 7.º *Si el usufructuario enajena el derecho de usufructo*, lo que no puede hacerse sin pérdida del derecho. 8.º *Finalizado el tiempo porque se constituyó el usufructo*, pues si se pactó por tres años, pasados estos se concluye.

Segun nuestra lejislacion patria está dispuesto lo mismo, observando casi todo lo que queda dicho, como puede verse en Sala, *tomo* 1.º *lib.* 2.º *tít.* 5. *nn.* 11 i 12.

---

truccion: ¿se podrá dar una mudanza peor de estado?

TITULO V.

Del uso i habitacion.

1. Dijimos en el usufructo todo lo que habia que saber; restan aun otras servidumbres personales, cuales son el *uso*, la *habitacion*, i las *obras de los esclavos*. Entre el *usufructo*, i el *uso*, hai gran diferencia, pues el usufructuario no solo *usa* de lo que ecsije su necesidad sino tambien *goza* de todos los frutos para su utilidad i recreo. El usuario solo usa, no goza; por lo que definimos el uso diciendo: *es un derecho en las cosas ajenas, solo para usar de ellas en cuanto á la necesidad, salva su substancia*. Por esta definicion se ve que es menor el derecho que tenemos en el uso, que en el usufructo: en este percibimos todo lo que produce la cosa, ya lo apliquemos á nuestro uso, ya á la necesidad, lu-

jo, ó recreo; en aquel solo recibe el usuario lo que absolutamente necesita, concluyéndose el uso satisfecha la necesidad diaria, de suerte que tan luego como esta cesa, concluye el uso.

2. Ilustramos la doctrina propuesta con varios ejemplos. 1.º El que tiene uso de fundo, solo puede tomar de los olores, flores, frutos, yerbas &c. lo que precisamente necesite para su uso, conforme su calidad i condicion. 2.º Si se disfruta del uso de casa, no se puede habitar toda, sino solo las salas i oficinas que conforme á sus circunstancias necesite. 3.º El que tiene el uso de ganados, no puede usar de la lana, leche, ni corderos, aunque sí del estiercol en cuanto necesiten sus heredades. 4.º Por último, circunscribiéndose el uso á lo que precisamente necesita, fácilmente aparece que ni puede arrendar su derecho, ni por favor cederlo, ni aun parte de las habitaciones; pues si tal cosa verificase, es claque no tenia el usuario necesidad del uso, i no teniéndolo cesa el derecho.

3. La tercera servidumbre personal es la *habitacion*, que es *el derecho de habitar en casas ajenas salva su sustancia.* Para disipar toda mala intelijencia, i poner en un estado de claridad capaz de la comprehension de todos la doctrina indicada, es preciso fijar la idea de esta voz *habitar.* En este lugar equivale á *goce* i *disfrute* de aquellas partes de casa que estan destinadas para habitacion; de suerte que es mejor este derecho que el anterior de *uso.* El usuario recibe tantas habitaciones como absolutamente necesita, i nada mas: empero el que tiene el de-

recho de habitacion, se aprovecha de toda la casa, pudiendo arrendar parte de ella, i aun permitir a un tercero ocupe alguna oficina de ella, lo que no podia hacer el usufructuario, segun vimos en el párrafo anterior.

4. La definicion misma patentiza que es menor este derecho que el del usufructuario. Este percibe los frutos de toda la casa, si en alguna está concedido el usufructo; de suerte que se aprovecha de la cuadra, pajar, jardin i demas oficinas que para recreo ó comodidad tenga. Aquel se ciñe á gozar solamente de la parte de casa destinada para habitacion, de suerte que ni puede posesionarse de la cuadra ó establo, ni del pajar, granero, huerta &c. Hai ademas otra diferencia: la mudanza de estado mácsima ó media no quita el derecho de habitacion. Da la razon *Modestino*, porque esta consiste mas bien en hecho que en derecho. Á no engañarnos, solo el usufructo i uso son derechos Quiritarios, i se concluyen del mismo modo que entre los ciudadanos i quirites deja de ecsistir. La habitacion mas bien consiste en hecho, pues los peregrinos podian habitar en Roma; de consiguiente no espira la habitacion por la diminucion de estado.

5. Se constituye el uso i la habitacion de la misma manera que el usufructo, i se concluyen del propio modo. El usuario i el que tiene derecho de habitacion deben prestar caucion de que usarán la cosa i habitarán la casa conforme la naturaleza de la servidumbre, dejando siempre salva su sustancia. El usuario no adquiere el dominio de los frutos separados de la tierra ó del

árbol que no consume, pues solo hace suyos los que gasta en sus precisas necesidades.

6. La última especie de servidumbre personal son las *obras de los siervos*, que viene á ser *el derecho de percibir toda la utilidad que produzcan las obras de los esclavos ajenos*. Tambien es menor esta servidumbre que el usufructo de esclavos, i mas que el uso, pues el que tiene el usufructo de esclavos percibe todo lo que estos lucran con su trabajo personal, i adquieren por otros capítulos: v. g., si al esclavo se le instituye por heredero, es para el usufructuario la herencia. Por el contrario, el que tiene constituida á su favor la servidumbre de las obras de los siervos, solo adquiere lo que estos ajéncien con su trabajo. Esta servidumbre es mas lucrosa que la de uso de esclavos. El usuario solo puede lucrar del siervo aquellas obras que indispensablemente necesita, por lo que no puede arrendarlas, i sí el que tiene la de las obras de esclavos.

7. Fundado lo anteriormente dicho en las reglas jenerales del derecho, en España se observa lo mismo, i mui pocos casos podrán darse de siervos dados para que sus obras cédan en utilidad de un tercero (1).

---

(1) *Sala tomo* 1.º *lib.* 2. *tit.* 3. *n.* 13.

TITULO VI.

De las usucapiones.

1. Hemos dicho que los modos de adquirir el dominio son *naturales* ó *civiles*. De los primeros que abraza la *usucapion*, *accesion*, i *tradicion* se ha hablado. Por los segundos que son *uni-*

versales ó singulares se adquieren todos los derechos de otro, i puede suceder por *seis modos*. 1.º *Por la herencia*: por ella se adquieren todos los derechos del difunto. 2.º *Por la buena posesion*, que el pretor daba para no chocar claramente con lo establecido por el derecho civil. 3.º *Por la adquisicion mediante la arrogacion*. El padre arrogante adquiria el dominio de todos los bienes del arrogado §. 8. tít. 11. lib. 1.º 4.º *La adicion de la herencia por el siervo*. El esclavo era heredero necesario de su señor, é instituido por este, debia satisfacer todas sus deudas, siendo reputado sucesor universal, aun en el caso de que no fuese heredero nombrado por el testamento, pues se manumitia, i en su nombre se vendian los bienes para hacer pago á los acreedores, no fuera que se rematasen á nombre del finado, lo que le seria de gran infamia. 5.º *La cesion de bienes*, que se verificaba cuando uno compraba en subasta los bienes con la obligacion de satisfacer á los acreedores: i 6.º *por el senado-consulto Claudiano*, que determinó fuese reducida á la condicion de su amante la mujer que tuviera actos ilícitos con esclavo, cuyo señor lo fuese de ella, i juntamente sucesor universal.

2. Todos estos modos de adquirir universalmente, fuera de la *herencia*, casi se desusaron: mas bién son conocidos en el dia los modos *singulares, como la usucapion, la donacion, el legado i el fideicomiso singular*.

3. Hubo en otro tiempo diferencias mui notables entre la *usucapion*, i la *prescripcion por muchos años*. En efecto, la usucapion tenia lugar

en las cosas inmuebles de Italia, i en las muebles de todo el Imperio. La prescripcion se daba en los predios provinciales. La usucapion de cosas muebles se terminaba en el año, la de inmuebles á los dos. La prescripcion, á los 10 años entre presentes, i 20 entre ausentes: la usucapion hacia señor al poseedor; la prescripcion daba solo un derecho parecido; escepcion para escluir á otro del derecho que alegára. La prescripcion parece fué inventada en tiempo de los Emperadores, para suplir á la usucapion, de modo que las cosas no podian usucapirse, sí prescribirse: permaneció en este estado, hasta *Justiniano*, que reunió la usucapion, de suerte que desde entonces no volvió á haber diferencia entre una i otra.

4. La usucapion es *una adquisicion de dominio por posesion continuada de cierto tiempo señalado por la lei.* El sentido de la definicion es este. Por la usucapion i prescripcion de mucho tiempo, el que no es señor, adquiere el dominio de la cosa, si la posee mucho tiempo, sin que en todo él su lejitimo señor trate vindicarla: v. g. Finjamos que Juan me vende un libro, juzgando que en efecto es suyo; mas no siendo sino de Pedro, por el contrato i tradicion no pudo traspasarme el dominio que no tenia. Mas si Pedro está tranquilo, viendo pasar su libro de unos á otros sin decir palabra, permaneciendo en esta inaccion diez años entre presentes, ó veinte entre ausentes, adquiero sin duda el dominio del libro.

5. Muchos afirman que la usucapion es injusta, pues el que una vez es señor, debe permanecer siempre siendo dueño, i de consiguiente no

está fuera de crimen de ladron el que solo por poseer se queda con cosa ajena. Sin duda se equivocan los que asi opinan; pues la usucapion no solo está fundada en la recta razon, sino tambien en las sagradas Escrituras: en ellas aparece que los hebreos alegan su derecho contra los ammonitas, protestando que *habia ya 300 años que Israel habitaba en Hesbon i sus lugares* (1). El derecho civil la ha introducido, teniendo por objeto el bien i felicidad pública; para que no estuviesen los hombres inciertos en el dominio de sus cosas, cuya incertidumbre haria que el poseedor, previendo que el verdadero dueño le quitaria el fondo, no lo cultivará con aquella dilijencia i esmero, que si supiera que no le podia ser repetido. Produce esta incertidumbre ademas controversias i litijios eternos, los que se evitan con la usucapion. I para que en todo fuese consultado el bien é interes de los particulares, prefijó la lei tiempo en que se usucapen las cosas, cuyo tiempo es suficiente á los señores para buscarlas i repetirlas; i si no lo hacen, en pena de su negligencia i para estimular á los demas, justamente la pierden usucapiéndola el poseedor. Ademas la razon persuade que aquellas cosas que ninguno posee, cedan al primero que las ocupe; i no solamente se tienen por *nullius* las que no estan en dominio, sino tambien las que estando son abandonadas por sus dueños.

6. Siendo la usucapion modo de adquirir ci-

---

(1) *Jud. XI. 26.*

vilmente, aparece con facilidad que no procede en todas las cosas, ni le corresponde á toda persona. En efecto, no pudiéndose adquirir el dominio de las cosas esentas del comercio de los hombres, como las *sagradas*, *relijiosas*, *santas*, *comunes*, *públicas i de universidad*; tampoco pueden prescribirse. Las *viciosas* no son susceptibles de prescripcion (1), pues el vicio acompaña siempre á la cosa, i pasa á todo tenedor de ella, á menos que no purguen el vicio: si, p. e. una cosa robada torna á poder de su dueno, i despues la abandona, tiene ya purgado el vicio, i se puede lícitamente prescribir. Sinembargo podrá usucapirse aun con vicio, no por el ladron ó detentador, sino por un tercero i por la posesion de tiempo larguísimo; en cuyo caso no necesita volver al propietario. *En las cosas muebles por lo jeneral la usucapion no compete á los que poseen con buena fé*, porque quien roba una cosa i la da á otro, este tambien comete hurto, sabiendo es robada: no obstante se esceptuan los siguientes casos: 1.º cuando el heredero en cuyo poder estaba depositada alguna cosa del testador, creyendo se le habia dejado en el testamento, la enajena con buena fé, podrá usucapirla el que la recibe con la misma buena fé. 2.º Si creyendo el usufructuario le pertenece por razon del usufructo el parto de la esclava lo vendiere, el comprador puede usucapirlo, porque

(1) *Cosas* viciosas *son las que han sido robadas á su lejítimo dueño*

el usufructuario no ha cometido hurto: le falta la intencion (1). Por lo que respecta á las cosas *inmuebles*, si algun fundo se halla vacante por ausencia ó neglijencia del señor, puede usucapirse por un tercero entrando en su posesion de buena fé. No tiene lugar la prescripcion en las *cosas inalienables*, como son las *eclesiásticas*, á no ser que se observen ciertos requisitos: ni en las de los *pupilos*, *menores*, i gravadas con *fideicomiso*, pues no se ocupan: las cosas *incorporales*, como propiamente no estan en dominio sino en los bienes, no pueden usucapirse (2).

7. No toda persona puede usucapir, pues la usucapion era derecho *Quiritario*, esto es, propio de los ciudadanos romanos. En las Leyes de las doce Tablas estaba mandado *que los bienes de un ciudadano romano no pudieran prescribirse por la mas larga posesion de un estranjero*, pues solo les era dado este derecho á los ciudadanos romanos. Mas por cuanto Justiniano comunicó los derechos de injenuidad á todo domiciliado en Roma, desde entonces empezó á decaer esta di-

(1) *Estos dos casos se ponen, p. e., habiendo otros muchos en que la cosa ajena puede usucapirse, pero con la condicion que el que la transfiere crea que es suya, cuya opinion escluye el hurto por el principio ya sentado.*

(2) *No se usucapian, sino se prescribian; mas esta diferencia no tiene lugar desde que Justiniano quitó la que habia entre la usucapion i la prescripcion.*

ferencia; por lo que puede ya usucapir tanto el ciudadano como el peregrino, á no ser que por estatutos particulares se escluyan á estos de posesion de cosas inmuebles.

8. En la usucapion se necesitan precisamente cinco cosas. Primera. *Buena fé*: esta se estima por la opinion del poseedor, esto es, haber creido que la persona de quien recibió la cosa era señor de ella, ó á lo menos que tenia derecho de transferir su dominio; i por consiguiente desde que la recibió era suya. La buena fé debe estar distante del error de derecho, ó lo que es lo mismo, creer que se podia adquirir el dominio de la cosa recibida, del que no era señor. Es suficiente haya buena fé al tiempo de recibir la cosa, aunque despues falte; de consiguiente si compro un libro en la intelijencia que se desprende de su dominio su lejítimo dueño, si pasado algun tiempo sé que no lo era, aquella buena fé que tuve en un principio me es bastante para usucapir. Por el contrario, el derecho canónico ecsije que la buena fé sea continua i perpetua desde el principio hasta el fin (1).

9. Segunda. *Justo título*, esto es un título, una causa justa translativa de dominio. Seria ridículo querer se adquiriese el dominio de una cosa por tener un justo título, mas no translativo de dominio: p. e., si tomo en arrendamiento una casa, aunque la viva 10 años entre presentes,

(1) *Esta disposicion del derecho canónico no está recibida en el foro.*

ó 20 entre ausentes, no por eso me haré señor de la casa, pues el arrendamiento no es titulo hábil para transferir el dominio. De aqui se sigue no basta el error en el justo título: v. g. juzgo que compré el libro, que en realidad no compré: no se prescribirá. El contrato *finjido* no es bastante para usucapir: p. e., entre el marido i la mujer no vale alguna donacion, luego si el marido finje que no da á su mujer, sino que le vende, no podrá ella usucapir; pues aunque la compra i venta es justo titulo, translativo de dominio, aqui no ha habido una real venta, sino una ficcion hecha en fraude de la lei. Tampoco sirve un *título revocable*: se me dona por causa de la muerte una palangana de plata, i me la entrega su dueño; vive este despues cinco años, i al morir se la lega á Juan: ¿podré alegar he poseido la alhaja con buena fé i justo título mas de los tres años señalados por la lei, i por consiguiente que la tengo usucapida? De ninguna manera, pues la donacion hecha por causa de muerte es revocable, i por lo tanto la prescripcion por ningun título procede, estando al arbitrio del donador revocarla siempre que quiera.

10. Tercera. *Que las cosas sean capaces de usucapir*. Dejamos dicho en el §. 6.° qué cosas son incapaces de prescribir. Cuarta. *Que se posean por todo el tiempo definido por la lei* (1).

---

(1) *El dia comenzado en que hace los* 10 *años entre presentes, ó el que haga* 20 *entre ausentes, se cuentan como cumplidos.*

Desde que Justiniano reunió la usucapion i la prescripcion, las cosas muebles se prescribieron por tres años, sin diferencia alguna, ora el señor estuviese ausente, ora presente: por el contrario las inmuebles por 10 años entre presentes, i 20 entre ausentes (1). Pero si despues que alguna persona ha comenzado á prescribir alguna cosa ajena, i estando el dueño presente se ausenta, el tiempo pasado desde el principio de la prescripcion hasta dicha ausencia, debe contarse como si se hubiera de ganar la cosa por 10 años, i el tiempo siguiente se ha de contar doblado; por manera que si el poseedor la tuvo 5 años estando el dueño presente, i 10 despues de haberse ausentado, por los 15 que resultan la podrá prescribir (2).

---

(1) *Se estima por presente el dueño contra quien corre la prescripcion, cuando está en la misma provincia, i ausente cuando fuera de la en que está situada la cosa.*

(2) *En la Nov. 119 c. 8 se esplica esto mismo, aunque de otra manera. Sinembargo sale la misma cuenta: en ella se dice que los años de la ausencia se deben dividir por 2; al cuociente se añaden los años presentes; i si la suma llega á 10, la usucapion está perfecta. Si no llega, entonces deben añadirse los años duplicados, de suerte que lleguen á 10 años: p. e., está presente 2 años: ausente 14; divididos por 2 son 7: unidos estos á los 2 primeros, suman 9; no llegando á 10, ha de añadirse el año duplicado, que*

11. Quinta. *Posesion continuada.* La posesion en este lugar no se toma en sentido *natural* i *gramatical*, por nuda detencion, sino en significacion *civil* i *jurídica*, por la que se requiere la corporal posesion i ánimo de hacer suya la cosa poseida. El que, pues, por título i modo justo posee sin interrupcion todo el tiempo que la lei prefije, este puede por la usucapion adquirir el dominio. De aqui se sigue que, interrumpida la posesion, no procede la usucapion. Puede interrumpirse ó *natural* ó *civilmente*. Naturalmente, es decir, por acto natural, cuando realmente ó de hecho la posesion pasa de una persona á otra, de cualquier modo que sea. Civilmente, por la contestacion en pleito. Asi, cuando la posesion habia pasado á otra persona, esta posesion estando interrumpida, no podia servir ni para la usucapion, ni para la prescripcion: de la misma manera que no se podia hacer cesion de diversas posesiones de diferentes personas. De una ó de otra manera se interrumpe la posesion, ni aprovecha el tiempo *antes del lapso*; de suerte que si alguno lleva 9 años de posesion, i al entrar en el 10.º es interrumpido de ella por alguno de los dos modos dichos, los años pasados no aprovechan, aunque siga poseyendo, á no ser que recaiga sentencia absolutoria, en cuyo caso no daña la usucapion ó interrupcion de la posesion.

---

es el que falta para hacer 10; de consiguiente aun debe poseer dos años para completar la usucapion.

12. Se suscita una gran cuestion, sobre si aprovechan al sucesor los años de posesion que lleva su antecesor: v. g. mi padre posee la cosa 6 años; yó 4, ¿he prescrito? Fundado en la regla, de *que el sucesor continua la posesion de su causante, ora sea sucesor universal, como el heredero, ora singular, como el comprador*, sin duda alguna. Entre el universal i singular hai la diferencia, de que el sucesor universal continua la posesion principiada por el difunto, como este hubiese estado poseyendo con buena fé, pues si la tuvo mala, siempre daña al heredero, aunque este posea con buena fé, porque como sucesor universal le pasan todos los derechos del difunto i por consiguiente tambien sus vicios. En efecto, no podrá usucapir; porque siempre le obsta la mala fe de su causante. Por el contrario, el sucesor singular, como el comprador legatario, donatario, &c. le aprovecha la continuada posesion principiada por el autor, como unos i otros tuviesen buena fé. De aqui si Juan estando poseyendo con buena fé un predio por espacio de 8 años, i yo se lo compro con mala fé, no me aprovecha la posesion de Juan, porque yo estoi en mala fé: por el contrario, si Juan estuviera en mala fé, i yó en buena, puedo usucapir, como retenga la cosa en mi poder todo el tiempo que la lei señala: al sucesor singular no se transmite el vicio del antecesor, por lo que puede usucapir estando en buena fé.

13. Hemos concluido con la primera parte de este título, que pertenece á la usucapion. Pasemos á la segunda que es la *prescripcion de mu-*

chísimo tiempo. Las prescripciones de muchísimo tiempo son como suplemento, pues cuando no puedo usucapir ó prescribir por ciertos años, sin duda prescribiré por muchísimo tiempo, como por 30 años, 40, 100, ó por tiempo inmemorial. En las prescripciones por 30 años ha de tenerse presente la siguiente regla. *Cuando los antecesores no pudieron usucapir ó por mala fé, ó por injusto título, ó por tener vicio la cosa, puédense sinembargo prescribir por 30 años*. Es bastante clara i sencilla la precedente regla, i solo falta que la ilustremos con ejemplos. Hemos dicho que las cosas viciosas no pueden usucapirse ni por el ladron ó detentador, pues le falta justo título, ni por tercer poseedor, porque el vicio va siempre con la cosa, á no ser que vuelva á su antiguo señor §. 6.º Aunque en estas cosas no procede la prescripcion de los 10 ó 20 años, con todo se usucapen á los 30 teniéndolas un tercer poseedor. Dijimos tambien que las cosas de los pupilos i menores no pueden usucapirse: con todo se prescriben por 30 años. Milita la misma disposicion de derecho en el peculio adventicio del hijo de familia enajenado por el padre contra la lei. Las cosas enagenadas por el poseedor con mala fe, se prescriben por 30 años, con tal que el nuevo poseedor esté poseyendo con buena fe.

14. Algunas veces no bastan 30 años para prescribir, sino se necesitan 40, i esta es otra nueva especie de prescripcion de muchísimo tiempo. En ciertos i determinados casos se ecsije precisamente 40 años para prescribir, tales son: 1.º

las cosas fiscales, i *del patrimonio del Príncipe*. Por cuanto son de la república, concediéndosele al Príncipe solo el usufructo, es consiguiente que no pueden enajenarse, i siempre revocarse la enajenacion que en contrario se haya hecho. Mas por cuanto no reporta la sociedad utilidad en que el dominio de las cosas sea incierto, estableció la lei, que las cosas fiscales se adquiriesen con la prescripcion de 40 años, ampliándose despues esta disposicion á los bienes patrimoniales del Príncipe. El mismo privilejio tienen las *iglesias* i *ciudades*, cuyos bienes raices no pueden prescribirse sino por 30 años. Siempre los Príncipes favorecieron los bienes i cosas eclesiásticas, no fuera que decayese el divino culto, disipadas las rentas de la iglesia. Por último, la accion *hipotecaria* prescribe á los 40 años. La cosa empeñada la posee el mismo deudor, ó tercer poseedor con buena ó mala fe. Si el mismo deudor posee, este derecho de hipoteca no puede eludirlo por la prescripcion, á no pasar 40 años. Al tercer poseedor de mala fé, solo le bastan 30: el de buena fe ordinariamente prescribe por 10 años entre presentes i 20 entre ausentes.

15. La *tercera* especie de prescripcion de larguísimo tiempo, es la prescripcion de 100 años. Este privilejio lo tiene solo la iglesia de Roma (1). Asi pues, si alguno por cualquier título adquiere predio que haya pertenecido al patrimonio de S. Pedro, no se tendrá por señor de él hasta pasar 100 años.

---

(1) *L. 34. C. de SS. eccles.*

16. La última especie de prescripcion de lárguísimo tiempo es la *inmemorial*. Esta no está circunscripta á determinado tiempo; sino basta no haya en contrario alguna memoria. Suele probarse por testigos ancianos, á los que se les pregunta si siempre han conocido la cosa en el mismo estado: si de sus mayores lo han oido decír: si se acuerdan que la cosa nunca ha variado de aquel concepto &c. Si pues los testigos responden que de muchos años á aquella parte la cosa ha permanecido en aquel estado, i tuvo el mismo en tiempo de sus mayores, ni ha llegado á su noticia ejemplar alguno en contrario; entonces queda probada la prescripcion inmemorial. Dice el vulgo que necesita de prescripcion inmemorial, el derecho de cazar, acuñar moneda, ejercer jurisdiccion, inmunidad de pago de contribuciones ó tributos reales; pero todo esto es contrario al cap. 33; c. *de jurejus.*

17. Por lo que respecta al derecho de España, se observa en un todo lo que dejamos espuesto, advirtiendo que puede prescribir, segun la L. 2. tít. 29. P. 3., todo hombre que tenga razon, i no el loco ó demente, pues carece de entendimiento para ganar ó perder, aunque se halle apoderado de las cosas; pero si antes de perder el juicio comenzó á ganar alguna por tiempo, él ó la persona, cuyos bienes hubiese heredado, podria prescribirla aun no estando en su razon. No pierden las cosas por la prescripcion de otros los que se hallen ausentes en campaña, ó por alguna comision del Rei ó de su Consejo, por hallarse estudiando alguna ciencia, en romería, ó

por otra causa semejante; i por lo tanto, cualquiera de los dichos desde su venida hasta cuatro años puede pedir al juez del lugar, que no le perjudique el tiempo, porque otro habia comenzado á prescribir alguna cosa suya, i debe condescender á su peticion. Si deja pasar dicho término, ó su heredero, caso que muriese ausente, i no pidiese al juez espresado hasta cuatro años desde el dia que supo la muerte, no lo podrá despues pedir, i seria válida la prescripcion. Las mujeres que hubiesen dado á su marido la dote, mientras no se haya disuelto el matrimonio, no pueden prescribirse los bienes de este, aunque si viendo alguna que su marido es pródigo de sus bienes, no le demanda el dote, por esta culpable omision podrá prescribirse. Las cosas fiscales i del patrimonio del Príncipe nunca prescriben (1).

TITULO VII.

De las donaciones.

§. 1.° Qué sea *donacion.*
§. 2.° Se esplica la donacion *propia* i la *impropia.*
§. 3.° Se esponen varias constituciones sobre esta materia.
§. 4.° Personas que pueden donar.
§. 5.° A quien puede donarse.

---

(1) *Sala, tomo 2.° lib. 2. nn. 1 h. el 9.*

§. 6.° Cosas que pueden darse en donacion,
§. 7.° Cantidad de que no ha de pasar la donacion.
§. 8.°, 9.° i 10.° Diferencias entre la donacion llamada *entre vivos* i la do *por causa de muerte.*
§. 11.° i 12.° Casos en qué puede revocarse la donacion *entre vivos.*
§. 13.° Cuando no tiene lugar la donacion que pasa de 500 sólidos.
§. 14.° i 15.° Se esplican las donaciones llamadas *presente del casamiento* i *por causa del casamiento.*
§. 16.° al 20.° Derecho Español.

1. Entre los *modos civiles* de adquirir, refiere Justiniano la *donacion*, que es *una liberalidad de parte del que dona, sin intervenir mas causa que su jenerosidad.* De consiguiente la donacion remuneratoria no es una verdadera donacion, pues está fundada en el reconocimiento del beneficio debido, i al que se está naturalmente obligado. La donacion es derecho perfecto, §. 5, tít. 1. lib. 1,; pues admite coaccion. De cualquier naturaleza que sea la donacion, no se reputa por perfecta ni obligatoria mientras no se acepte, porque la aceptacion hace parte de la donacion, i es de esencia suya, es decir, una cláusula intrínseca á este acto, i una condicion esencial, i por consecuencia absolutamente necesaria, so pena de nulidad, porque no se puede obligar á que se reciba un beneficio, i que se

aproveche contra su voluntad de la liberalidad de otro.

2. La donacion es *propia* ó *impropia*. La primera es la que se hace *entre vivos*, i la *impropia* se subdivide en varias especies. La llamada *ante ó propter nuptias*: la que se hace *bajo de modo, condicion ó causa*: las *remuneratorias*, que no pertenecen á la verdadera donacion, pues esta se hace *sin que intervenga mas que la jenerosidad*, i aquella es por causa de algun favor recibido. La que se practica *por causa de la muerte*, atendiendo al peligro de la vida ya presente, ya futuro (1).

---

(1) *Por las palabras del donante se colije si la donacion es ó no* mortis causa. *No es suficiente para que la donacion sea de esta clase el que el donante se halle en peligro de muerte; es necesario que con sus mismas palabras declare que dona por miedo de la muerte que espera: la que si no se hace asi, esta donacion será* entre vivos. *Por el contrario, puede uno donar* mortis causa, *no estando en peligro de muerte, hallandose el donante sano i sin enfermedad, pues solo el pensamiento de la muerte hará á la donacion de la clase de las de* mortis causa; *i no espresándolo, será reputada* entre vivos. *No será* mortis causa, *sino* inter vivos, *la donacion que se ha estipulado prestar despues de la muerte, porque el tiempo que se une para disolver la obligacion, no pertenece á la sustencia de la donacion, no tiene lugar la lei Falcidia. No solo puede donarse*

3. Como la donacion entre vivos no era un verdadero contrato, segun las leyes romanas, no se perfeccionaba sino por la tradicion, pues la lei Cincia ordenaba que la donacion, cuando se hiciese de aquellas cosas llamadas *res mancipi*, á menos que la tradicion no se subsiguiera, no se tuviera por perfecta. Despues estableció Antonino que toda suerte de donacion hecha entre los ascendientes i descendientes pudiera hacerse por un simple pacto. *Justiniano* quiso que la donacion fuese perfecta entre toda suerte de personas, por el solo consentimiento del donador i del donatario, á ejemplo del contrato de compra i venta. Asi, despues de la constitucion de este emperador, la simple convencion es suficiente para producir una accion contra el donador, para obligar á entregar al donatario la cosa donada. Esta accion es llamada en derecho *conditio ex lege*, es decir, una accion personal introducida por una lei nueva. Por esta ordenanza de Justiniano, no siendo la donacion un verdadero contrato, se redujo á un pacto lejítimo.

4. Siendo una i otra donacion *liberalidad* por parte del que dona, pasando el dominio de la cosa donada, ó al instante al donatario, ó en lo sucesivo, no podrá donar el que no pueda transferir el dominio, sino el que es señor i tiene la libre administracion de sus cosas. La donacion por *causa de muerte*, por cuanto es casi

---

por la muerte de uno mismo, sino tambien por la de otro, v. g., de un hijo, hermano, padre &c.

semejante á las últimas voluntades, solo el que tiene la *testamentifaccion* puede hacerla. De este principio se deduce: 1.º no pueden donar *entre vivos* los pupilos: 2.º ni los tutores: 3.º mucho menos los procuradores, á no ser con poder especial. 4.º *Mortis causa* no puede donar el impúbero, pues no tiene facultad para hacer testamento; ni el esclavo, peregrino, furioso, tonto, pródigo, sordo mudo &c. (1)

5. Para que la donacion surta efecto es necesario se verifique por la promesa de uno, i la aceptacion de otro. Entre la donacion por causa de la muerte, i la de entre vivos hai diferencias mui notables. Una i otra debe aceptarse, mas la donacion *mortis causa* puede dejarse á un ausente, aunque lo ignore; la de *entre vivos* es menester esten presentes, i acepte el agraciado. Es presiso ademas que el donador i el donatario sean personas diversas, pues debe haber promesa por una parte, i aceptacion por la otra. No debe valer la donacion entre el padre i el hijo; estos juridicamente hablando, no son masque una sola persona. Los conyujes constante el matrimonio no pueden reci-

---

(1) *El hijo de familia no puede hacer testamento, aunque quiera su padre: mas donar por causa de la muerte no hai dificultad, como su padre consienta, lo que fué introducido porque la testamentifaccion es de derecho público, i el padre por sola su autoridad no puede mudar; por el contrario, la donacion siendo de derecho privado, puede mudar el particular.*

procamente donarse, pues la muger antiguamente, por la conferreacion, compra, i uso entraba en poder del marido, siendo contada como hija de familia: haciendose pues hija, constituia una sola persona con el marido, i por lo tanto este no podia donarle. Aunque en el dia no se reputa como hija, sinembargo á permanecido prohibida la donacion entre los conyujes. En la donacion *mortis causa* se requeria que el donatario pudiera legar.

6. Pasemos á ver que *cosas pueden donarse.* La donacion es una liberalidad, por ella se confiere á otro lo que puede prestarle utilidad. La prestan 1.º las cosas que estan en comercio, i no estandolo las sagradas, religiosas, santas, comunes, publicas, i de universidad, no pueden donarse. Prestan tambien utilidad 2.º las incorporales, como las servidumbres i obligaciones, por lo que pueden donarse. 3.º Igualmente todos los bienes presentes i futuros. Por último, 4.º como las cosas ajenas pueden prestar utilidad, no hai dificultad en que se donen. Esto tiene lugar cuando el que dona la cosa ajena, está en la intelijencia de que es de su propiedad, i la recibe el donatario con buena fé; entonces por la usucapion puede adquirir el dominio.

7. El Emperador *Constantino* ordenó, que las donaciones fueran insinuadas, no *clandestinas de suerte que defraudara á los acreedores*, para evitar los perjuicios ó inconvenientes que pudieran nacer de las donaciones secretas. *Justiniano* en un principio, quiso no fuera necesaria la insinuacion, sino cuando escediese de 500 escudos de oro la donacion. Por su última ordenanza, redujo la

necesidad de la insinuacion á las donaciones que fueran de mas de 500 escudos de oro, para que el donador en fuerza de su jenerosidad no quedase espuesto á la mendicidad, i así solo donaba una parte de sus bienes quedándose con una porcion suficiente para vivir i vestir sin lujo, á cuya facultad se llama beneficio de *competencia.*

8. Síguese ya manifestar *de que manera se diferencian* las donacionos *inter vivos*, de las de por *causa de la muerte*. La donacion entre vivos, por cuanto es un pacto, no ecsije otra cosa mas que el consentimiento, i por lo tanto de ninguna otra solemnidad. Mas la donacion *mortis causa*, por cuanto participa de la naturaleza de las últimas voluntades, requiere la presencia de cinco testigos. Se diferencian tambien, *en la razon de la libertad de donar*. Por cuanto es peligroso que el que dóna entre vivos, se vea reducido á la mendicidad, se mandó, no se donase mas de 500 escudos de oro, i que si ecsedia de esta suma debia insinuarse, so pena de que se tendria por *inoficiosa* la donacion en el ecseso. Mas la hecha por causa de la muerte, como no tiene efecto hasta despues de la vida, cesa el temor de la mendicidad, por lo que no necesita de insinuacion.

9. La donacion *inter vivos* es irrevocable; la *mortis causa* revocable. La entre vivos vale incontinenti, i hecha una vez contra la voluntad del agraciado, no puede revocarse; por el mútuo consentimiento, convienen en una misma cosa, i no puede recindirse sino con el mútuo disenso: la *mortis causa* por cuanto participa de la naturaleza de las últimas voluntades, siempre es revo-

sable, *porque la voluntad del hombre es variable hasta la muerte.* Ademas se diferencian por *razon de la traslacion del dominio.* La donacion entre vivos es ciertamente título hábil para transferir el dominio; mas el título solo da derecho *ad rem*; el derecho *en la cosa* solo nace de la subsiguiente entrega, §. 3.º. Por lo que de la cosa donada no me hago señor, hasta que no se me entregue: mas la donacion *mortis causa* es semejante á las últimas voluntades: por las últimas voluntades pasa á nosotros el dominio de la cosa sin tradicion, esto es, desde la muerte del testador ó donador; de consiguiente la cosa donada *mortis causa* al momento que fallece el donador, se hace de nosotros, á menos que viviendo no la hubiese enajenado.

10. Se diferencian igualmente por *razon de la solucion.* El que dona entre vivos, goza del beneficio de competencia, i *no* se obliga en el sólido, sino solo en cuanto buenamente puede pagar. Por el contrario, si el heredero tiene que satisfacer la donacion *mortis causa*, tan cuantiosa que absuelva toda la herencia, solo puede sacar la cuarta parte del caudal en que ha sido instituido, que se llama la *cuarta falcidia*, de la que se habla mas adelante. Por último, se diferencian en las *acciones.* Si se pregunta con que acciones perseguimos la donacion entre vivos, es necesario recordar lo que dejamos dicho en el §. 1.º, de que la donacion es un pacto. Los pactos por derecho romano no producian accion, á no ser que fueran lejítimos, ó pretorios, ó juntos á algun contrato de buena fé. Pacto lejítimo

se la donacion entre vivos, porque le asiste la lei, pues manda que prometida la donacion se entregue la cosa ofrecida. Produciendo todo pacto lejítimo la condicion *ex lege*, §. 3.º, la donacion entre vivos puede pedirse por la *conditio ex lege*, á no ser que acseda estipulacion á la donacion. En este caso puede pedirse por la estipulacion. Por el contrario, la donacion *mortis causa* es semejante á las últimas voluntades, i se ecsije con las mismas acciones que el legado, conviene á saber, la personal del testamento, la hipotecaria, i la *rei vindicatio*. De ellas se hablará en sus respectivos lugares.

10. Aunque mas arriba se dijo que la donacion entre vivos era irrevocable, sin embargo puede revocarse en algunos casos. 1.º Si al beneficio de la donacion corresponde el donatario con injuria atroz é insigne; porque à la verdad si el donante la hubiese previsto, no hubiera hecho la donacion. 2.º Si pone asechanzas i conspira contra su bienhechor. 3.º Si contribuyó al menoscabo de los bienes del donante. 4.º Si no quiere cumplir la condicion mediante la cual se hizo la donacion (1). Aunque Justiniano no pone mas que estas causas, segun la comun sentencia de los jurisconsultos deben incluirse todas las que sean mayores, ó semejantes á estas, así como se admi-

---

(1) *Esta última no pertenece á la donacion propia, pues no admite convenciones, ni gravámenes, debiendo hacerse* libremente, por solo la jenerosidad del donante.

ten para la deshederacion otras causas mas de las que propone el mismo emperador.

12. Añaden los intérpretes otra causa para revocar la donacion, á saber, si el donante despues de hecha la donacion tuviere hijos, segun la lei 8. *C. de rev. don*, i aunque esta lei habla con respecto al patrono i liberto, entre quienes aun en otras cosas se observa derecho diverso, sinembargo los jurisconsultos se valen de este argumento. La donacion hecha por persona que no tiene hijos, contiene en sí la tácita condicion si despues no los tuviere, lo que si pudiera haber previsto, no hubiera hecho la donacion, porque no es creible que alguno anteponga hijos ajenos, á los suyos. Aunque la opinion tiene algun color de humana, con todo no fue esta la mente de *Constantino*, de quien es la citada lei *octava*. ¿Por qué habló solo del patrono? ¿Si hubiera querido fuese estensiva á mas personas, no lo habría espresado? Siempre que la lei concede algun privilejio á cierta i determinada persona, debe este privilejio contenerse en ella, i no pasar á otras. Es contrario á todo derecho que prohibe se pueda renunciar la obligacion, no consintiendo el contrario. En todo el derecho civil se hallará lugar alguno en que se dé por causa de revocacion de la donacion, el nacimiento de hijos despues de hecha esta, ni aun el mismo Justiniano, que no solo conservó, sino aumentó los derechos de los hijos, habló de semejante revocacion, siendo asi que espresó todas las causas, i no es verosímil hubiera omitido esta, á haber querido que se tuviese por causa de revocacion; apesar de todas es-

tas poderosísimas razones, i otras muchas mas que hai, no obstante en el foro se revoca la donacion entre vivos, sobreviniendo hijos al que dona.

15. Se ha dicho que las donaciones entre vivos no podian ecseder de 500 sólidos, necesitando de insinuacion la que esceda de esta suma. Sinembargo hai ciertas donaciones que no necesitan insinuacion, tales son: 1.º Las que hace el príncipe, ó las que se le hacen. 2.º Las que se dirijen á redimir cautivos. 3.º O para reedificar las casas incendiadas, ó arruinadas. 4.º Si la donacion es hecha por el tribuno militar á los soldados. 5.º Si la donacion es recíproca ó remuneratoria; p. e. si regalo á mi esposa un anillo, i ella me dá otro de igual ó mas valor.

14. Habia entre los romanos dos suertes de donaciones en contemplacion del matrimonio, á saber, el *presente del casamiento*, i la donacion por *causa del casamiento*. A la primera llamaban *sponsalitia lárgitas*, i era una donacion que la desposada hacía al desposado: en los primeros tiempos era pura i simple, i no podia revocarse, cuando los esponsales no eran seguidos del matrimonio, á menos que esta condicion no hubiera sido espresamente puesta en la donacion. *Constantino* dispuso que, las cosas donadas entre el marido i la mujer fueran devueltas al donador si el matrimonio no se verificaba por culpa del que recibia.

15. La donacion por *causa de las nupcias* era en otros tiempos la que se hacia por el esposo á la esposa, i para tener efecto se requería muriese el marido antes que la mujer, i fuera dote *com-*

pensandæ causa. Poco antes de *Teodosio* el jóven i Valentiniano III, se príncipió dar á esta donacion el nombre de *donacion antes de las nupcias*, porque se hacia en compensacion de la dote que la desposada aportaba al futuro matrimonio, i como la dote no se podia constituir despues del casamiento porque entonces seria donacion hecha entre marido i mujer, que estaba prohivida por el derecho civil, esta donacion efectuada en contemplacion de la dote, no podia hacerse sino antes del casamiento. Justiniano estableció que las dotes i donaciones en compensacion de la dote, pudiesen ser no solo aumentadas, sino tambien constituidas despues del matrimonio contrahido; esta es la razon porque el mismo Emperador quiso que la donacion de que hablámos, no llevára el nombre de donacion antes de las nupcias, sino donacion por causa de las nupcias.

16. Segun nuestra lejislacion patria, tenemos las donaciones *entre vivos*, i por *causa de la muerte.* La primera tiene sus restricciones conforme á lo establecido por los romanos. Los hijos que estan en poder de sus padres, pueden hacer donaciones de sus bienes castrenses ó cuasi castrenses, sin otorgamiento del padre. De los profecticios podrán dar alguna cosa á su madre ó hermana, ó sobrina, ó algun otro pariente, ó maestro que le enseñase ciencia ó arte, entendiendo le es de gran menester i de justicia. Admiten las donaciones condicion i dia cierto, pudiendo estar ausentes el donante i el donatario: hecha por palabras ó por carta simple, sin haberse entregado la cosa, está obligado á cum-

plirla el que la hace, pero sin podérsele pedir mas de lo que pueda hacer, porque le corresponde el beneficio de *competencia*. Están igualmente prohibidas las donaciores que ecsedan 500 maravedis de oro; i en caso de que pasen de esta suma, necesitan de *insinuacion*, sin que la ecsijan las que se hacen al Rei, ó hace S. M., ó para redimir cautivos, ó para rehacer iglesia ó casa derribada. No pueden hacerse de todos los bienes que tuviese el donante, aunque no lleguen á los 500 maravedis dé oro, que es igual á la suma de 25.600 rs. vn. de nuestra moneda.

57. Solo puede esta clase de donacion revocarse por los mismos capítulos que entre los romanos, i cuando es ingrato el agraciado, puede el agraviado alegar esta causa para que no subsista la donacion, pero no su heredero. Si la donacion es graciosa, no se halla precisado el donante á salir á la eviccion i saneamiento de lo que dona; pero sí siendo remuneratoria, á no ser que se estipule lo contrario, ó se haga para que tenga efecto despues de la muerte. Aunque de todos los bienes no puede hacerse donacion, puede sinembargo hacerse cuando se reserva para sí por toda su vida el usufructo de sus bienes, siendo bastantes para su subsistencia, como tambien si el donatario se obliga á mantener al donante mientras viva, á enterrarlo segun su calidad, i á cumplir lo que disponga en su testamento.

18. La de *por causa de la muerte* debe hacerse delante de tres testigos, i puede revocarse por los motivos siguientes: 1.º si el donatario

muere antes que el donador: 2.º si esté salió de la enfermedad ú otro peligro, por cuya razon la hizo: 3.º si el mismo se arrepiente de haberla hecho antes de morir.

19. La donacion que conocieron los romanos bajo el nombre de *sponsalitia*, está adoptada por nuestras leyes, con la diferencia de haberlas puesto tasa. Se hacen antes de celebrarse el matrimonio, i casi siempre por el esposo á la esposa, i alguna vez al contrario. Si deja de celebrarse el matrimonio por culpa del que recibió la donacion, debe restituirla: mas si acaeciere por casualidad no realizarse el matrimonio se debe distingüir en esta forma: si murió el esposo sin haber intervenido ósculo, debe restituirse á sus herederos todo lo que dió; solo la mitad si intervino; i si la esposa fué la que dió, lo recobra todo. Estas donaciones no pueden ecseder la octava parte de la dote.

20. Tenemos tambien otra donacion que se llama *arra, que es la donacion hecha á la esposa por el esposo en remuneracion de la dote, virjinidad ó nobleza*. No puede ecseder de la décima parte de los bienes del marido. Hai otra que llaman *propter nuptias*, que es la que hacen los padres ó sus hijos en contemplacion del matrimonio que han de contraer, para que puedan llevar con mas honor i comodidad sus cargas.

21. Las donaciones que se hacen entre los cónyujes despues de casados, por el mutuo amor, estan prohibidas, para que á título de afecto no se despoje el uno al otro. Esta prohibicion solo tiene lugar en aquellas donaciones por las cuales

el que las recibe se hace mas rico, i el otro mas pobre, de suerte que si faltára una de estas circunstancias, valdria la donacion. Lo mismo deberá decirse si la donacion hace mas pobre al donante, pero no mas rico al donatario. Tambien valdria, si el que la hizo recibió antes que el otro que la recibió, sin haberla revocado (1).

TITULO VIII.

Personas que pueden ó no enajenar.

§. 1.º Preliminar.
§. 2.º i 3.º El marido es señor de la *dote*.
§. 4.º Le está no obstante prohibido *enajenar la dote*.
§. 5.º Constitucion de Justiniano sobre enajenar el predio dotal.
§. 6.º h. el 9.º Formalidad que antecede á la enajenacion de la prenda dada en seguridad de algun crédito.
§. 10.º h. el 14.º El pupilo i menor no pueden enajenar sus cosas: solemnidad con que debe hacerse todo pago á los menores.
§. 15.º Derecho de España.

1. Hemos dicho que el *dominio* es un derecho en la cosa, del que nace la facultad de dispo-

(1) *Sala. tom.* 1. *lib.* 2. *tit.* 20: i *tom.* 4. *lib.* 1. *tit.* 5. *nn.* 17 *h. el* 21.

ner de ella i enagenarla. §. 5. tít 1. Veámos ya que personas pueden enajenar, i quienes nó; mas como muchas veces sucede que el que es señor no puede enajenar, i otros que no lo son lícitamente enajenan; corresponde tratar de las *personas que pueden ó no enajenar.*

2. Entre los que son dueños, i no pueden disponer de sus cosas se cuenta al *marido*, pues le está prohibido enajenar el predio dotal. El marido es señor de la dote: consistiendo el dominio en la facultad de disponer de la cosa, esta la tiene en los bienes dotales: puede manumitir en testamento los siervos que su mujer aportó al matrimonio: él es el solo que tiene facultad para vindicar cualquiera cosa perteneciente á la dote: muerto el marido no pasaba á su mujer el dominio de la dote, sino con todos los demas bienes al heredero del marido. No se daba á la mujer para repetir la dote accion real, sino la personal de *rei uxoriæ* ó la *ex stipulatu.* Si no fuera señor de la dote ¿para qué habia de haber lei que le prohibiese enajenarla? El que no es señor, está demas que le veden enajenar cosas que no son suyas.

3. Sinembargo no falta quien opine lo contrario, fundado en que Ulpiano habla del fundo dotal como de cosa ajena del marido, prestando este en las cosas dotales el *dolo* i *culpa leve.* Que en la mujer reside la posesion, pues no es obligada á sastidar; i que aun el mismo Justiniano dice terminantemente *que los bienes dotales estan en dominio de la mujer.* A todo esto se responde, que el marido, no solo es señor de la dote estimada, si-

no tambien de la inestimada, pero no es perpetuo señor de ella disuelto el matrimonio, pues en este caso vuelven a la mujer sus bienes, i desde que se declara el divorcio, la dote se tiene por propia de la mujer i del patrimonio de esta. Ulpiano tal cual vez, en consideracion al evento del divorcio, habla del fundo dotal, como cosa ajena, reputando al marido como su administrador. Si presta hasta la cupa leve, es á causa de no ser señor perfecto de la dote.

4. Pero siendo de interes público que las mujeres no queden sin dote, *para que muerto el marido puedan otra vez casarse*, *i tener hijos*, se le prohibió al marido enajenar los bienes dotales, entendiéndose por enajenacion *todo acto por el que se transfiere el dominio*. Por tanto le está vedado vender los bienes dotales, darlos en pago de débitos, legarlos &c. escepto los de la dote estimada, que haciéndose verdadero señor de ellos por compra, puede hacer lo que mas le convenga. La razon que tuvieron para prohibir la enajenacion del predio dotal, fué la frecuencia con que en Roma se hacian los divorcios, pues sucedia que repudiada la mujer, se veia por lo comun reducida á la infelicidad, por haber el marido consumido toda la dote. Augusto compadecido de ellas, por la lei julia prohibió al marido *enajenar el fundo dotal situado en Italia*, contra la voluntad de su mujer, i de *hipotecarlo* consintiendo (1).

---

(1) La razon de por qué se prohibió aun hipotecarlos, parece no fué otra sino de que la mujer

5. *Justiniano*, con la mira de favorecer á las mujeres, estendió la prohibicion de la lei *Julia* hasta los fundos dotales situados en las provincias, vedando la enajenacion del fundo dotal, aunque consintiese la mujer. Ordenó por sus *Novelas* fuera estable la enajenacion del fundo dotal en el caso que consintiese la mujer, reiterase su voluntad dos años despues, i fueran los bienes del marido suficientes para reintegrarla del valor de la finca enajenada (1).

6. En el §. 1.° dijimos que á veces el señor no puede enajenar, i propusimos el ejemplo del marido. Veamos ya cuando es lícito enajenar al que no es dueño de la cosa.

7. El acreedor no es señor de la prenda que tiene dada en seguridad de alguna deuda; i sinembargo puede enajenarla. Tiene en ella un derecho *in re* para repetirla de cualquier poseedor, i no pagando el dueño la vende para reintegrarse; de lo contrario le seria inútil. En cuanto al derecho que tiene para enajenarla no pagando el deudor, no cabe duda; debe nó obstante atenderse á si ha mediado pacto entre el deudor i el acreedor, ó si nada se ha pactado; ó si han convenido que dentro de tanto tiempo, no pagando,

---

estaba mas propensa á consentir en la hipoteca de sus bienes, que á la enajenacion, por la esperanza de poder algun dia alzar la hipoteca; mas engañándose en el cálculo, se veían arruinadas, lo que las leyes no querían.

(1) *La lei* Julia *de* fundo dotal *parece fué la*

se venda la alhaja. Este último pacto es lícito, porque el deudor no es perjudicado, devolviéndosele lo restante, despues de cobrado el débito. Constituido el pacto de *pignore distrahendo*, estando en mora el deudor, puede el acreedor vender la prenda, sin necesitar de insinuacion.

8. Si han pactado que no pagando dentro de cierto término no se venda, sino que la adquiera el acreedor, este pacto se llama *comisorio*, i es ilícito, porque el deudor es perjudicado quedándose el acreedor con la prenda, que vale regularmente el duplo de la suma que se dió al deudor. Antes de enajenarla el acreedor, debe insinuarlo por tres veces al deudor. Si nada han pactado, antiguamente era permitida la enajenacion; pero Justiniano refrenó esta libertad, i determinó precediera una insinuacion, i se esperase un año al acreedor; pasado este, la prenda se vendia en pública subasta, i si habia comprador, inmediatamente se le transferia el dominio de la cosa, i el deudor no podia repetirla, aunque ofreciera el precio. Si no lo habia, el acreedor volvia á avisar al deudor la rescatase; i si no lo verificaba, el juez determinaba el tiempo en que debia pagar, lo que no conseguido, el acreedor podia alcanzar del Príncipe facultad para poseer la prenda como verdadero señor, i se le concedia al deudor dos años para que la recobrase, pagando el principal i los intereses.

---

misma que la lei Julia *de* adulterio, *siguiendo el testimonio del jurisconsulto* Paulo.

9. El fin para que se dá la prenda, es para que, vendida con su valor, el acreedor sea satisfecho, i el sobrante se entregue al deudor, teniendo la accion *pigneraticia* para que se le devuelva la suma escedente. Si despues de vendida su valor no cubre la deuda, tiene el acreedor accion contra el deudor i fiadores por lo que le falta. Si la prenda está en poder del deudor, ó un tercero, tiene el acreedor la accion *hipotecaria.*

10. El *pupilo* es dueño de sus cosas, i sinembargo no puede enajenarlas; es el segundo ejemplo que Justiniano pone del que es señor, i no le es permitido la enajenacion. Aunque solo habla del pupilo, no obstante pertenecen á este lugar los siguientes: 1.° *Los menores que están en curatela.* 2.° Los *pródigos*, á quienes se le ha quitado la administracion de sus bienes. 3.° *Los que por razon de enfermedad están en curatela.* 4.° *Los hijos de familia*, con respeto al peculio adventicio, del que tienen la propiedad i el padre el usufructo.

11. El pupilo no puede enejenar, aunque intervenga la autoridad del tutor; sí el infante. Si ha pasado de la infancia, puede enajenar interviniendo la autoridad del tutor. Las cosas que solo puede el tutor enajenar, son las que no necesitan de decreto del majistrado, por consiguiente no pudiendo enajenar, tampoco contrae obligacion alguna si dá dinero á mútuo, porque este dinero se hace de quien lo recibe. Si el dinero prestado por el pupilo subsiste en poder del mutuatario, se dá contra este la *rei vindicacion.* Enajenando el pupilo, no transfiere el dominio,

permaneciendo señor de la cosa, por lo que puede vindicarla donde quiera que la halle. Mas si el dinero dado en mútuo ha sido consumido, lo ha sido de buena, ó de mala fé: si lo primero, se dá la condicion *certi ex mutuo*; si lo segundo, la accion *ad exhibendum*.

12. El pupilo aunque para dar necesita la autoridad de su tutor, no le hace falta para recibir, porque puede siempre hacer mejor su condicion. El deudor del pupilo si quiere que la obligacion que con este tiene quede disuelta, necesita de la autoridad del tutor, porque el pupilo por sí no puede ni contraer, ni disolver obligacion alguna. Ademas hecho el pago, ó ya al tutor, ó ya mediante la autoridad de este, aunque el deudor *ipso jure* se libra de la deuda, con todo si el tutor ha hecho mal uso de este dinero, i no puede pagar, el pupilo tiene contra el deudor la restitucion *in integrum*, de lo que el deudor se libra, si hace el pago mediante decreto del juez.

13. No todos los pagos para conseguir seguridad necesitan decreto del juez, pues se esceptuan las pensiones i réditos anuales, que no escedan de cien sueldos, para evitar la molestia é incomodidad que al juez i menor resultaria de lo contrario. El deudor que ha pagado al pupilo sin la autoridad del tutor ni decreto del juez, siéndole pedido el dinero que dió, ó *ipso jure*, ó por la *restitucion in integrum* (1), tiene la escepcion

---

(1) *Restituir* in integrum *no es otra cosa que* reposicion de la cosa al estado que tenia antes de haber padecido el daño el menor.

de *dolo malo*, como el menor tenga en su poder el dinero que le entregó. Tambien tiene el deudor escepcion, si el menor se ha hecho mas rico con el dinero que se le dió en pago.

14. Si el pupilo da en mútuo ó paga alguna cantidad, no contrae obligacion, porque no se hace del que lo recibe. El dinero dado en pago debe devolverlo el acreedor al pupilo si pereciere. Perecerá para el pupilo si intervino decreto del juez, porque *la cosa perece para su dueño.* El menor no transfiere el dominio de cosa suya, ni pagando ni dando en mútuo; i aunque al señor correspondán las cosas fortuitas, es con la limitacion de á no ser que transfiera el dominio por derecho singular.

15. En cuanto á lo establecido por nuestras leyes, con respecto al marido, en la enajenacion de la dote, está mandado no pueda obligar los bienes dotales, cuando la dote es inestimada. Siendo estimada, es preciso tenga para responder con sus bienes de lo que su mujer aportó al matrimonio. Por lo que pertenece á la enajenacion de la prenda, está dispuesto casi lo mismo, como veremos en el libro 4.º, título de los *peños*, Los tutores i curadores pueden enajenar, en los mismos términos que estaba dispuesto por derecho romano (1).

---

(1) *Sala lib.* 1.º *tit.* 4. *n.* 25: *tit.* 5. *n.* 4. 5. 6. : *tit.* 8. *n.* 1. *h.* 7: *lib.* 2. *tit.* 18. *n.* 9, *i* 10.

TITULO IX.

Personas que pueden adquirir para nosotros.

1. En este título se esplica por qué personas se adquiere, pues no solo adquirimos por nosotros mismos, sino tambien por otros. Aquellos por quienes adquirimos deben estarnos sujetos, como son los hijos, esclavos, el siervo ajeno que se posee con buena fé, i los esclavos dados en usufructo. Irémos tratando de cada uno en particular.

2. Todo lo que adquiere el siervo es para su

señor. El esclavo en derecho se reputa por cosa, no por persona. Por nuestras cosas adquirimos; luego todo lo que gane el siervo es para su dueño, aunque lo *ignore i repugne*, porque esta adquisicion *ipso jure*, por razon de la potestad que en él tiene su amo, hace no pueda la cosa subsistir ni un momento en el que está en potestad, sino que necesaria é inmediatamente adquiere para aquel en cuyo dominio se halla. La *posesion* no la adquiria para su señor. como este no fuese sabedor i gustoso, porque es á veces peligrosa. No adquiria herencia, á no mandársele la adiera, pues es perjudicial en algunos casos, mediante á que el heredero está obligado á pagar las deudas del difunto.

5. Si el esclavo era comun á muchos señores, adquiria para todos á proporcion de la parte que cada uno tenia, á no ser que adquiriese por mandato especial de alguno. Todo lo que gana el siervo usufructuario es para el que goza del usufructo, como igualmente lo que le haya sido donado ó legado, mediante contemplacion del usufructuario. Del mismo modo lo que por su trabajo adquiere el esclavo dado en usufructo es para su dueño. Si era instituido heredero, por cuanto la adicion no pertenece á las obras, tampoco correspondia al usufructuario, sino al señor, lo mismo que el parto de la esclava.

4. Lo propio sucede respecto al poseedor de buena fé de siervos ajenos, ó de hombre libre á quien repute por esclavo suyo; todo lo que granjeen es para aquel, i aun puede usucapir por el esclavo, adquiriendo pleno derecho en la cosa

que prescriba. El poseedor de buena fé de hombre libre, no puede usucapir por él, ni el usufructuario, por dos motivos. 1.º Porque no posee; tiene solo derecho de *gozar* i *usar*. 2.º Por la mala fé en que está, pues sabe que el siervo es ajeno. Decimos que el usufructuario no posee, debe entenderse de la posesion civil que es *tener la cosa con ánimo de señor*.

5. Todo lo que adquiria el hijo era para aquel en cuya potestad estaba, ya fuese por matrimonio, ó adopcion. Los hijos de familia respecto á sus padres eran cosas; por nuestras cosas adquirimos. luego por nuestros hijos &c. Pareciendo dura la condicion de estos, se introdujo en favor de ellos el *peculio*, que tomó el nombre de *pécude*, porque en un principio el caudal de los hombres consistia en ganados i era tenido por rico el que tenia mucho. §. 2. *tit.* 1.º Por *peculio* se entiende *un pequeño patrimonio que tiene ó maneja el hijo ó esclavo, separado de los bienes que gobierna el padre ó señor*. Tan solo el sujeto á otro puede tener peculio: el hombre *sui juris* todo lo tiene en dominio. Antiguamente hasta las mujeres tenian peculio, pues por las nupcias pasaban á la potestad del marido.

6. El peculio se divide en *militar* i *pagano*. El 1.º se subdivide en *castrense* i *cuasi-castrense*. El pagano en *profecticio*, i *adventicio*. Peculio militar es, *lo que se adquiere por la milicia*. Esta es *sagata* cuando se milita en los ejércitos, i *togata* cuando en la curia ó palacio. Asi pues, el peculio castrense es *el que gana el hijo por razon de la guerra*. Por él solo le pertenece no solo el es-

tipendio i presas que hace al enemigo, sino tambien lo que su padre le haya dado para comprar el equípaje, ó lo que haya granjeado por legado ó herencia de otro militar: i todo lo que haya comprado con el dinero de este peculio. Cuasicastrense es, *el que gana por razon de la milicia togada*. A este pertenece todo lo que se adquiere por las artes liberales, por los empleos públicos; por las donaciones que hace el Príncipe. Por servir á la república de juez, abogado, médico, catedrático, i otros oficios semejantes; i todo lo que el padre haya gastado en dar estudio al hijo.

7. Lo que el hijo granjea fuera de la milicia, pertenece al peculio pagano. Este es adventicio i profecticio. Adventicio se llama *el que gana el hijo por obra de sus manos; ó le viene por donacion, legado, ó herencia de su madre, ó de cualquier otro: ó si se hallase tesoro ó alguna otra cosa. Profecticio es, el que ganan los hijos con los bienes de los padres, ó por razon de sus padres que los tienen en su poder.*

8. Despues de haber esplicado los peculios, pasemos á hablar del derecho que en cada uno competa al padre i al hijo. El peculio castrense es *pleno jure* del hijo. En tiempo de la repúblíca no se concedió á los militares la propiedad i usufructo en el castranse, pues no estaban á sueldo. *Augusto* fué el primero que introdujo los soldados *mercenarios*, i entre otros privilejios fué uno tener pleno derecho en el peculio castrense, i obtener en él las veces de padres de familias, para invitar i estimular á que tomasen las armas. *Adriano*, i *Antonino Pio* concedieron el mismo

derecho á los hijos en el peculio cuasi-castrense, á ejemplo del castrense. El padre en dichos dos peculios no tiene derecho alguno: todo es del hijo, considerándose en ellos como padre de familia, pudiendo hacer testamento, donar entre vivos, enajenar &c. Si el hijo muere sin testamento, el padre por derecho de peculio, ocupa los bienes castrenses.

9. El *profecticio* es en todo de los mismos padres. El hijo respecto á su padre no es persona, sino cosa; por lo que en los negocios privados, el padre i el hijo se tienen por una sola persona. De consiguiente no puede el padre donar al hijo, i no pudiendo donar, no le es lícito transferirle el dominio. Luego todo lo que adquiere el hijo, mediante la contemplacion del padre, es de este.

10. Antiguamente el padre tenia la propiedad i usufructo en el peculio adventicio. *Costantino* en los bienes maternos ó lejítimos solo concedió al padre el usufructo. Sucesivamente otros Emperadores fueron acordando este mismo privilejio hasta Justiniano, que dispuso por último, perteneciera al hijo todo lo que adquiriese por el peculio adventicio en propiedad, i al padre el usufructo: por muerte del padre, pasára al hijo.

11. El peculio adventicio se divide en *ordinario* i en *estraordinario*. El 1.º es del que hemos hablado. El estraordinario, cuando el hijo tiene la propiedad i usufructo. Este se adquiere 1.º Cuando el hijo áde una herencia con repugnancia de su padre. 2.º Si ha sido la cosa que se le ha legado ó donado, con la condicion de que el padre nada perciba de ella. 3.º Si son coherederos

el padre i el hijo. 4.° Si el padre se malversa en los bienes adventicios del hijo, en cuyo caso pierde el usufructo Puede añadirse, si son adjudicados al hijo los bienes del padre por delito de este. Se diferencia el peculio adventicio irregular del castrense i cuasi-castrense, en que en estos se considera el hijo como padre de familia, i puede testar: en el adventicio irregular, ni una cosa ni otra.

12. En un principio; si el hijo era emancipado, retenia su padre la tercera parte de los bienes adventicios, en premio de la emancipacion. Justiniano, pareciéndole injusto que el hijo por esta especie de honor sufriera un menoscabo en sus bienes, i no juzgando conforme á razon que el padre fuera recompensado por el hijo á causa del beneficio que recibia mediante la emancipacion, determinó que el hijo retuviera la propiedad de los bienes adventicios, i el padre percibiese la mitad del usufructo. Ordenó tambien tomára el padre otro tanto del peculio adventicio, aunque espresamente no lo reservase ni manifestase era su voluntad percibirlo. En el profecticio debia espresar si lo reservaba, pues de lo contrario seguía al hijo como si se le hubiera dado tácitamente por el padre.

13. La razon de diferencia consiste en que el premio de la emancipacion, esto es, el privilejio al padre concedido de la mitad del usufructo del peculio *adventicio* es *provision de la lei*, porque el padre, á no habérsele concedido, nada podia apropiarse. En el *profecticio* ninguna necesidad hubo de la provision de la lei, porque el

padre tiene á su arbitrio el disponer de él, i si no lo quita, se entiende donado al hijo. El segundo, como lo posee el padre por ser usufructuario, le sigue á no cederlo espresamente á su hijo.

14. Por lo jeneral no se adquiere por persona estraña; sinembargo cualquiera que á nuestro nombre se posesione de alguna cosa, cede á nosotros, v. g., el procurador adquiere para su comitente el dominio del fundo que se le encarga se posesione. El dominio se adquiere mediante la aprehension natural de la cosa, i así es mas fácil adquirir por otro natural que civilmente; p. e. estipulando, contrayendo &c. De consiguiente para granjear el dominio por procurador se requiere que quien le transfirió el dominio fuera señor de la cosa, pues no siéndolo, solo se adquiria derecho de usucapirla mediando en nosotros buena fé.

15. Lo mismo que estableció el derecho romano, está en práctica en España. Conocemos los *peculios* de los hijos de familias; i como la esclavitud casi no se conoce, se darán mui pocos casos en que todo lo que adquiera el esclavo sea para su señor; lícitamente pueden los siervos conservar en su poder cierto peculio, con el que á veces compran la libertad.

TITULO X.

De los Testamentos, i modo de ordenarlos.

§. 1.° Preliminar.
§. 2.° Qué sea herencia: cual sea la que

1. Hemos dicho que los modos de adquirir el dominio son *naturales* i *civiles*. De los naturales tratamos en el tít. 1.° lib. 2.° De los civiles que se dividen en *universales* i *particulares*, van

á referirse los primeros. Los particulares, que comprenden los *legados* i *fideicomisos*, aunque pertenecen á los modos singulares de adquirir el dominio, no tuvo á bien el Emperador tratar de ellos cuando refirió los modos particulares, i por cuanto toman su oríjen de los testamentos, trata de ellos despues de estos.

2. Los modos universales son los que por medio de una adquisicion percibimos de una vez todos los bienes i derechos de otra persona, llamándose universales las acciones con que pedimos esta universidad de bienes. La universidad no es el modo, ni la causa, ni el título de adquirir, sino la misma cosa que se adquiere. Los modos universales de adquirir se espusieron en los §§. 2.° i 3.° tít. 6., siendo uno de ellos la *herencia*, que es la *sucesion en todos los derechos que tuvo el difunto*. Es de dos maneras, ó por *testamento*, cuando por el mismo difunto es llamado alguno á la sucesion; ó por *ab intestato*, cuando viene á la sucesion por la misma lei. En muriendo uno con testamento, no tienen lugar los herederos *ab intestato*.

3. La palabra *testamento* se compone de las dos *testatio* i *mentis*, voces que indican la conveniencia de la cosa con su etimolojía (1). Los antiguos usaban mui comunmente de estas voces, como se lee en *Ciceron*, *Prisciano*, i otros. Ha sido definido el testamento de varios modos: *Mo-*

---

(1) *Llámase asi por ser* testificacion de la mente *i voluntad*.

destino dice que es *nuestra voluntad respecto á aquellas cosas que queremos se hagan despues de nuestra muerte.* Ulpiano, *que es nuestra mente justa contestada, hecha con las solemnidades necesarias, para que despues de nuestra muerte valga.* Otros, i es la mejor, *que es una voluntad ordenada, por la que uno establece su heredero, ó departe lo suyo en aquella manera que quiere se disponga lo que le corresponde despues de su muerte* (1).

4. Segun el derecho romano la sucesion era lejítima, i no se podia mudar, á no haber lei que la derogase. No hai un camino mas natural para abrogar una lei, que establecer otra en contrario. Así pues, los derechos que tenian los herederos *ab intestato*, se rompian cuando el testador, yendo á los comicios calados (2), rogan-

---

(1) *Suprimimos la cuestion de si el testamento procede del derecho de jentes, ó si del* civil : *la mejor opinion es de que pertenece al* civil misto, *aunque en cuanto á su esencia es de derecho de jentes, i en cuanto á su forma del derecho civil.*

(2) *En Roma hubo tres especies de comicios,* curiados, centuriados i tributos. *Los mas antiguos fueron los curiados establecidos por* Rómulo. *Servio Tulio inventó los centuriados. no estinguiendo los curiados. En tiempo de* Coriolano *año 263 de la F. de R., se introdujeron los* tributos. *Comicios curiados eran los en que el pueblo, dividido en* curias, *daba sus sufragios, teniéndose por mandato i lei todo lo que la mayor par-*

do al pueblo, instituia á aquel ó aquellos que él proponia. Se efectuaban del siguiente modo: el pregonero, dando una vuelta al rededor de la ciudad, señalaba el dia de la asamblea del pueblo. Los que querian hacer testamento podian ejecutarlo en presencia del pueblo, rogando á este i usando de esta fórmula: ¿*Quereis i man-*

---

te de las curias determinaba; i esto se ejecutaba en el foro. Los centuriados eran, en los que el pueblo, dividido en clases, daba sus votos, teniéndose por lei aquello en que convenia la mayor parte de las centurias, lo que se ejecutaba en el campo de Marte. Tributos, en los que el pueblo concurria dividido en tribus. Estos nunca tuvieron lugar fijo, celebrándose dentro ó fuera del pomerio, que era el espacio de terreno que quedó entre las casas i los muros de la ciudad. Los comicios centuriados los reunian los majistrados, cuando se habia de tratar en ellos de asuntos profanos. Cuando curiados, los majistrados superiores i patricios. Si tributos, los tribunos de la plebe. Si los asuntos que habian de discutirse eran sagrados, los presidia el pontífice, teniendose por tales cuando se habia de tratar de la confirmacion de majistrados, de las arrogaciones, de testamentos &c. La voz calado viene de la griega kalein, *que quiere decir llamar, porque los pontífices invocaban la divinidad. Se necesitaba que los pontífices interviniesen para que trasladasen á los herederos los dioses lares i penates del testador.*

dais que fulano, tanto por el derecho como por las leyes, sea heredero de fulano de tal, como si fuese su hijo ó prócsimo heredero? Se distribuía al pueblo dos tablitas, i por *curias* iban dando el voto, estándose á la decision de la mayor parte de sufragios. De aquí salió el principio de que la testamentifaccion, que era lo mismo que la accion que tiene uno para hacer testamento, es de derecho público.

5. Esta clase de testamento dejó de usarse por muchas dificultades que ofrecia. No podian hacerse mas que dos veces al año, sin que á ellos asistieran los gravemente enfermos ni las mujeres. Presentaba ademas el peligro de que haciéndose público el nombre del heredero, atentaban estos contra la vida de sus bienhechores. Siendo irrevocables, se veían en varias ocasiones obligados á dejar la herencia al que posteriormente no la merecía. Concediendo pues las Leyes de las doce Tablas una gran facultad á los padres de familia para que pudieran disponer de sus cosas sin necesidad de asistir á los comicios calados, empezó á usarse otro nuevo modo de testar llamado *per æs et libram*, ó por peso i moneda, figurándose en el vendedor la herencia que se le transfería por la emancipacion.

6. Se hacia este testamento ante cinco testigos, con asistencia de otro que tenia en la mano un peso, i se llamaban *libripende*, el llamado *antestato*, i el *emptor familiæ*, que en un principio era el mismo *heredero*; mas siendo esto último causa de que el testador sufriese persecuciones de sus parientes, i algunas veces que el here-

dero conspirára contra su vida, se dispuso fuera otro el *comprador de la familia*, ocultándose el nombre del heredero hasta la muerte del testador. El *emptor familiæ*, ponia un pedazo de plata tosca que se llamaba *æs* en cualquiera de las dos balanzas que tenia en las manos el *libri pende*, diciendo al mismo tiempo: *esta familia i herencia hace suya, porque la compra con esta moneda.* El testador teniendo en sus manos las tablas del testamento decia en seguida: *estas cosas escritas en estas tablas de cera, lo están para que valga mi voluntad, pues asi lego, asi testo, i vosotros,* CABALLEROS ROMANOS, *dad testimonio de ello.* En seguida el *antestato* tocaba con una varilla las orejas de los testigos (1) diciendo: *acordaos.*

7. Poco antes de *Ciceron* se introdujo el testamento PRETORIO del pretor, pues este, asi como muchas veces mudaba lo preceptuado por el derecho civil para equilibrarlo con la equidad, empezó á dar la *posesion de los bienes* contra las tablas, en todo testamento hecho ante siete testigos, como ellos lo sellasen con sus anillos (2).

---

(1) *El número de estos era cinco, porque este era el de las* Centurias, *no contándose la* PROLETARIA *á causa de que sus individuos ni estaban en el* censo lustral, *ni tenian voto en los comicios.*

(2) *Cinco de estos representaban los 5 que hacistian á toda emancipacion, representando* las cinco centurias; *los dos restante uno era por el* libri pende, *i el otro por el* antestato.

8. Finalmente al testamento pretorio subsiguió el *civil* compuesto de las constituciones de los Príncipes, que se valieron para su composicion del rito antiguo, i del edicto pretorio. *Teodosio* el jóven fué el 1.º que añadió algunas circunstancias al del pretor para que no pudieran falsificar tan fácilmente los testamentos. Las solemnidades que introdujo fueron respecto á las *esternas*, que consisten en ciertas ritualidades prescriptas por la lei, pues en las *internas*, esto és, en la institucion de heredero fué siempre tan necesaria que sin ella no habia testamento.

9. El testamento, como no era mas que la espresion de lo que se queria se hiciera despues de la muerte del testador, pudiéndose manifestar por escrito, ó de palabra, hubo dos clases de testamentos; uno *escrito* i otro *nuncupativo* ó abierto. Para dar el correspondiente nombre, se debe atender á si el testador quiere manifestar su voluntad por escrito, ó si testa nuncupativamente. Cuando oculta á los testigos el nombre del heredero, se dice *testamento escrito*; mas cuando manifiesta el sujeto que le ha de suceder, se llama *nuncupativo.*

10. Este en cuanto á su efecto es tan perfecto como el *escrito*, i en cuanto á su forma, mucho mas fácil. Sinembargo no lo usaron los antiguos tanto como el escrito, por dos razones. La primera, porque en el nuncupativo era necesario manifestar la persona del heredero que muchas veces conviene ocultar. La segunda, porque dependiendo todo de los testigos, faltando estos, no habia testamento, lo que no sucedia en el escrito-

Es verdad que se ocurrió á este inconveniente, mandando se hiciera ante escribano, que debia recibir el testimonio de los testigos, i reducirlo á escritura. Las mujeres podian testar, tanto por escrito, como nuncupativamente.

11. Precisamente se habia de testar de todos los bienes, pues ninguno podia morir parte testado, parte sin testamento. Tampoco con dos ó mas testamentos, pues siendo este la espresion de la última voluntad, que en el hombre es variable hasta la muerte, no conteniendo la espresion total de la voluntad del testador, no servirá, i sí la anterior. si en ella se espresó. Si los testamentos son contrarios unos á otros, se estará á lo dispuesto en el último; puede mudar su voluntad siempre que quiera, i el primer testamento será roto por el segundo. Ha de estar tambien el testador en su cabal juicio mientras hace el testamento.

12. Siendo *justa* la testamentifaccion, ó lo que es lo mismo, debiendo espresarse la última voluntad solemnemente, se sigue: *que se han de observar en el testamento todas las solemnidades que las leyes esijen.* Con solo omitirse una, el testamento es *injusto*, ó *nulo*. Las solemnidades fueron introducidas por la lei: el derecho público, ó las leyes no pueden mudarse por la voluntad privada. Esije precisamente la lei ciertas solemnidades tan esenciales, que no pueden omitirse: estas son ó *internas*, que pertenecen á la materia ú objeto del testamento, ó *esternas*, que pertenecen á su forma. Las leyes esijen estas solemnidades, porque no hai cosa que lleve mas

la atencion del hombre, que la disposicion de los bienes para despues de sus dias, por lo que se debe evitar por todos los medios posibles, que esta quede sujeta á fraudes. He aquí por que son tantas solemnidades, tantos testigos, tantos ritos; todo para que no sea tan facil el finjir un testamento ó falsificarlo.

13. Una de las solemnidades *internas* es la *institucion de heredero.* Faltando ó no siendo capaz de heredar el nombrado, no hai testamento, pues la institucion de heredero es su *cabeza* i *fundamento.* Si alguno hace la disposicion de forma que lega 100 á sus hermano; 50 á su tio; los muebles de la casa á Juan; sus campos á Luis &c., i no señala heredero, no hace testamento, sino codicilo, de los que se hablará mas adelante. La institucion se hacia ó con palabras *directas* ó *imperativas*; v. g. *Teófilo, sed mi heredero.* Las precativas, ó las que se hacian por medio de ruegos, equivalian á un fideicomiso: p. e. *ruego á Modestino sea mi heredero*, i *restituya la herencia á Ticio.* Es la razon, porque haciéndose en lo antiguo los testamentos en los *comicios calados*, eran como leyes: estas no se hacian con palabras deprecativas, sino mandando: *haced esto*, no *haced esotro.*

14. De las solemnidades *esternas* la primera es *unidad de contesto*: consiste en que se otorgue el testamento en un solo acto, sin interrupcion, ni que se hagan durante el acto cosas que no pertenezcan á él, como p. e. un contrato (1).

---

(1) *No se faltaba á la unidad del contesto.*

No es contra la unidad del contesto el que se suspenda por alguna necesidad natural del testador ó testigos.

15. Otra de las solemnidades esternas es, que *esten presentes siete testigos*. Se necesitaba este número solo para la formacion ú ordenacion del testamento: para su resignacion bastaban cinco. Debian ser *rogados*, i estar presentes todo el tiempo que durase el acto (1), viendo al testador i enterándose de su voluntad. Si era de noche se encendian luces para que otro no finjiera la voz del testador, cosa no mui dificil.

16. No solo se atiende á la presencia de los siete testigos, sino tambien á sus condiciones. No podian ser testigos mas que los que tenian la testamentifaccion activa de hacer testamento, ó la pasiva de poder ser instituido heredero aunque en esta forma no es mui jeneral la regla. Es la cierta: *todos los que antiguamente tenian testamentifaccion en los comicios calados*, es-

---

interrrumpiéndose el acto por la celebracion de un contrato concerniente al testamento. El orijen de la unidad del contesto *procede de los* comicios calados. *Siempre que estos se interrumpian por alguna causa, se tenian por nulos todos los negocios que en aquel dia habian quedado por concluir.*

(1) Debian ser rogados, pues en los comicios calados se rogaba el pueblo, segun la fórmula esplicada; ¿mandais *i* quereis, caballeros romanos &c.

tos mismos eran los que podian ser testigos en los testamentos, por lo que los furiosos, pródigos, mujeres, sordo-mudos, impúberos, fatuos &c., que no tenian entrada en los comicios no eran testigos. No se admite aun en el dia el testimonio de las mujeres, no obstante que pueden hacer testamento: 1.º porque cuando pide la lei cierto número de testigos entiende sean graves i superiores á toda escepcion, de cuyo juicio no pueda despues dudarse, lo que no se verifica en la mujer. 2.º El secso femenino no es bastante sagaz para conocer i evitar los fraudes que por lo regular hai en los testamentos. 3.º Es necesario que el testigo pueda declarar de un modo demostrativo; esto es, diese una prueba capaz de no poderse dudar de lo que afirmaba i pueda subsistir su dicho, lo que no sucede en la mujer. 4.º El testamento es un negocio de entidad, i asi los que asistan á él, deben ser personas graves, i capaces de prestar su testimonio.

17. El *impúbero* no puede ser testigo, por causa de la enfermedad de su cerebro. Aun cuando sea púbero, no puede dar testimonio del testamento á que asistió siendo menor de 14 años, á causa de que en esta edad no es mui dificil lo engañen (1). Ademas los impúberos no tenian entrada en los comicios calados hasta tanto no se les vestia la toga *curil*, que era á los 17 años.

18. A los esclavos escluia la condicion de sus personas, pues no tenian comunion alguna con

---

(1) En otros negocios puede el púbero dar testimonio de lo que vió siendo impúbero.

los ciudadanos; por esta razon son tambien rechazados los peregrinos, ecsijiendo la lei solo ciudadanos romanos. El furioso no tiene juicio ni comprende lo que ve, mucho menos lo que es testamento. El sordo-mudo apenas entiende lo que es testamentifaccion, i no puede oir la rogacion, así es que no se admite por testigo. En el testamento *escrito* lejítimamente es testigo el que no entiende el idioma del testador, porque otro le puede decir en el suyo propio lo que está presenciando. No se admite en el *nuncupativo*, porque en este es indispensable oiga i entienda al testador.

19. No puede ser testigo el ciego, porque no ve al testador, ni puede reconocer su sello. Tampoco el pródigo, porque en el derecho se equipara á los furiosos Los infames son privados de hacer testamento; i con mas razon de ser testigos, pues la infamia siempre sigue al delincuente; i por un senado-consulto no podian testar los condenados á muerte (1).

20. No pueden ser testigos los que están bajo la patria potestad del testador, ni el heredero, pues se mandó que el *emptor familiæ*, fuese otro diverso del que sucedia al difunto. Los que están bajo la patria potestad del testador no pueden serlo, porque el principal negocio que se trata en el testamento, se hace entre el testador i el heredero: luego si los testigos fueran pa-

---

(1) *Muchas veces en castigo se prohibe testar, como á los que cometen el delito de* perduelion ó lesa majestad, *sea divina ó humana.*

rientes, ó estuvieran unidos entre sí con parentesco de afinidad ó sanguinidad, no servia el testamento. Cuando sirven en testamento, cuyo testador no es pariente, sirven sin dificultad, por lo que el padre i el hijo pueden ser testigos en cualquier testamento; representan en él dos personas distintas.

21. Estas solemnidades son comunes á los *escritos* i *nuncupativos* En el escrito se requiere ademas que el mismo testador escriba las tablas, cuyo testamento se llama *hológrafo*; ó á lo menos que lo firme, i si no sabe escribir, se añade un testigo mas en lugar de la firma del testador, de suerte que ha de haber ocho firmas. Por regla jeneral, siempre que hai algun defecto en el testador, se debe añadir un testigo mas.

22. Otra de las solemnidades era, que los testigos *sellasen i firmasen el testamento* (1). Podian sellar no solo con anillo propio, sino tambien con el de otro testigo, i era indiferente fuera con anillo ú otro instrumento signatario. Les era prohibido servirse de los sellos destinados para signar los instrumentos *judiciales* (2).

---

(1) Los romanos usaban de anillos en que tenian grabada cierta figura ó frase, los que les servian en los contratos. Las madres de familias los usaban igualmente para sellar los muebles i estar de este modo mas seguras de los robos de sus esclavos. Véase la nota 1. *del* § 17. *tit.* 5. *lib.* 1.º

(2) *A estos sellos llamaban* signilia, *i al acto de sellar* obsignare.

Los testigos debian presentarse ante el pretor, á la apertura del testamento, para reconocer sus sellos. Seguia en su validacion el testamento aunque muriese alguno de los testigos antes de su apertura. Cuando alguno de los testigos no sabia escribir, se permitia firmasen unos por otros; mas esto tenia lugar en el testamento que se otorgaba en despoblado, pues para los hechos en la ciudad, en la que siempre hai bastante número de personas bien educadas, debian buscarse testigos que supiesen firmar.

23. Entre los antiguos podian escribirse los testamentos en tablas enceradas, como no fuesen *delitiscias*, esto es, de aquellas en que se habia borrado lo que antes estaba escrito (1); en papel, que entre los romanos era tan tenue i delgado, que no podia escribirse mas que por una llana; en pergamino i en hojas i cortezas interiores de ciertos árboles. En un pricipio solo podian escribirse en latin, como idioma jeneral de la nacion, lo mismo que los legados, pero no precisaba en los fideicomisos. Despues era indiferente se escribieran en cualquier idioma. Tambien se debia estender con letras claras é intelijibles, sin notas, á no ser las que espresáran la division de la herencia.

---

(1) *Cuando escribian en tablitas enceradas, señalaban las letras con un instrumento de metal que llamaban* estilo; *por uno de sus estremos era agudo, i por el otro llano para borrar i allanar cuando se equivocaban.*

24. Hemos dicho que no solo se atiende al número de testigos, sino tambien á su condicion i cualidad. La aptitud del testigo se estima solo por el tiempo de la faccion del testamento, no dañando la incapacidad al tiempo de la muerte: v. g. que el que era antes libre, á este tiempo fuese esclavo, el que cuerdo, furioso &c. No daña cuando la incapacidad era al tiempo de la apertura, por la misma razon que habia para no importar la muerte de un testigo. Asi, si el que era libre en la época de otorgarse el testamento se hacia siervo al tiempo de su apertura, el que cuerdo mentecato &c., el testamento subsistia por la razon que acabamos de dar. Ademas, porque la voluntad del testador puede mui bien conocerse de otras conjeturas por el contesto del testamento, firma de los testigos i testador, i sellos de aquellos.

25. Por derecho nuevo tambien, i con mas razon subsistia, pues por medio de los notarios se consignaban los testamentos en las actas públicas, i se archivaban para que los herederos lejítimos pudieran entablar las acciones que les competieran. Si por casualidad concurria en clase de testigo alguna persona inepta, dispusieron los Emperadores que en este caso por equidad, ignorándose por todo el pueblo la ineptitud del testigo, subsistiera el testamento. Bastaba que á lo ménos asistiesen dos personas aptas é idóneas. Del mismo modo era válido, cuando el escribano fué finjido, pero reputado en la opinion jeneral por autoridad pública.

26. Se ha dicho que los hijos no pueden ser

testigos en el testamento de su padre; pues se prohibe á ciertas personas sean testigos en ciertos testamentos. Respectivamente se prohibe el testimonio doméstico, i el de las personas á quienes pertenece el fin i objeto del testamento. El testimonio doméstico es distinto en el testamento que en las causas judiciales. En este, testimonio doméstico es el de todos aquellos que dependen de aquel por quien lo dan, como son los hijos, criados, mercenarios, colonos &c.: en aquel, los que se hallan en la familia del que lo hace, i que por una ficcion se tienen por una misma persona. La razon por que en las causas judiciales se rechaza el testimonio de las personas dependientes de los litigantes, i en el testamento el de las personas que por ficcion del derecho se estiman por una sola, consiste en que en aquellas hai peligro que oculten la verdad por afecto, obsequio ó gratitud, reverencia ó miedo á la persona que la manda. En los testamentos no puede darse otra razon que la union de personas que finje el derecho, porque la utilidad del testamento no pertenece al que le hace, sino al heredero, i por consiguiente no puede presumirse que el afecto i reverencia hácia aquel haga á estas personas falten á la verdad en utilidad del heredero. Prueba de ello es, que en aquellas no son admitidos los amigos, i en estos aun los mas íntimos.

27. Si el testamento doméstico se sostiene en la union de dos personas, no debe admitir el de los hijos desheredados, escriba ó no él mismo su nombre, porque la desheredacion no disuelve la

patria potestad. El hijo emancipado puede ser testigo en el testamento de su padre, i por el contrario. Del mismo modo puede uno ser testigo en el de su madre i abuelo materno, porque en ninguno de estos casos hai patria potestad. Cuando el hijo, siendo militar, hace testamento, puede el padre ser testigo. No se admite al heredero, porque es un absurdo sirva de testigo aquel para quien se contrata. Menos los que él tiene, ó le tienen en patria potestad, pues se estiman una sola persona con el heredero.

28. Los legatarios i fideicomisarios singulares son admitidos por testigos, porque los legados no pertenecen á la constitucion del testamento, no obstante de que si atendemos á la esperanza que el legatario tiene de hacer mejor su condicion por el testamento, es esta suficiente para no admitírlo. Mas los intérpretes juzgan que las causas que movieron á Justiniano para admitirlo, fueron de que en la antigüedad era comun hacer sellar en los testamentos á los amigos, á quienes siempre se les dejaba algo, lo mismo que sucede en el dia, i seria una iniquidad reprobar su testimonio por este pretesto.

29. Por derecho nuestro se divide el testamento tambien en *escrito* i *nuncupativo*. El testamento nuncupativo se hace de cuatro modos: 1.° ante escribano ó tres testigos vecinos ó habitantes del pueblo en que se otorga el testamento: 2.° ante cinco testigos vecinos: 3.° ante tres testigos vecinos, cuando no hai escribano ni mas vecinos: 4.° ante siete testigos forasteros, siempre que sean idóneos. En el escrito se

necesitan siete testigos, sus firmas, la del testador i el sello del escribano Se ecsíje la unidad de contesto, mas no la rogacion. Cuando por el testamento se dejan bienes *ad pias causas*, con respecto á estos subsiste el testamento, aun en el caso de que carezca de toda solemnidad. El padre testando entre sus hijos bien puede ceñirse á todas las solemnidades. Se puede morir parte testado i parte sin testamento. Muchas personas estan prohibidas de ser testigos en ellos, como los condenados por canciones injuriosas, libelos ó pasquines con intencion de infamar, por hurto, homicido, ú otro delito semejante á estos ó mas graves. Los apóstatas, las mujeres, los menores de 14 años; los esclavos, mudos, sordos i locos, mientras estuviesen en la locura; los pródigos, declarados judicialmente por tales. Todos estos son inhábiles para toda clase de testamento. Hai otros que lo son solo para ciertos testamentos, i son los hijos en los de sus ascendientes, i estos en los de sus descendientes, el heredero i todos sus parientes hasta el cuarto grado (1).

TITULO XI.

Testamento de los militares.

§. 1.º Testamentos *privilejiados*.
§. 2.º A los militares se les concede testar con solo ciertas solemnidades.

---

(1) *Sala, tomo 2.º tit. 4. lib. 2. nn. 1 al 8.*

1. Mas arriba observamos que ninguna solemnidad se puede omitir en el testamento, sin peligro de que sea nulo. Sinembargo hai ciertos testamentos en los cuales estan omitidas todas las solemnidades, por lo que se dicen *privilejiados*, ó menos solemnes. De todas ellas estan ecsentos los testamentos de los *militares*; de ciertas, los de los *padres*; los hechos en *tiempo de peste* i testándose en el campo. Hablaremos por órden de cada uno de ellos.

2. Todas las solemnidades *internas* i *esternas* pueden omitirse en los testamentos de las jentes de guerra, por el gran peligro en que están de

morir en ella. Aun antes de las Leyes de las doce Tablas podian testar los soldados *in procintu*; esto es, vestidos con su uniforme i ceñidos con el síngulo *gavino*, teniendo en una mano la lanza i en la otra el escudo, delante de tres ó cuatro testigos; i se tenia por lei su voluntad, manifestada de este modo, aunque no tuviese ninguna otra solemnidad de las ya esplicadas. Posteriormente, habiendo cesado su uso, concedieron á los soldados una forma de testar toda particular, i que no estaba sujeta á solemnidades. Julio César, para estimular á que tomasen las armas, concedió varios privilejios a los militares, entre ellos el testamento militar. Despues fué confirmado por *Tito*, *Domiciano*, *Nerva* i *Trajano*. Podian testar en todos tiempos *jure militari*; pero Justiniano restrinjió el privilejio solo á épocas de espediciones, es decir, cuando estaban sobre las armas en algun acampamento, ó defendiendo alguna ciudad ó plaza sitiada. En las demas ocasiones no se reputaban en espedicion, ya estuviesen en cuarteles de invierno, ya en guarnicion. Treboniano padeció equivocacion cuando dijo, que este privilejio se les concedió por causa de su ignorancia, i no por el peligro de muerte en que se hallaban. Si fuera cierto, solamente podrian usar del privilejio los soldados *gregarios*, lo que es falso.

3. Efectivamente, los testamentos de los militares *estan esentos de todas las solemnidades* tanto internas como esternas: basta conste su voluntad de cualquier manera, para que se tenga por lei. Comparando este testamento con el pa-

gano, ó sea el que otorgaban las demas clases del estado, vendremos en conocimiento de todas las solemnidades de que estaba destituido. En el pagano ninguno podia instituir por heredero al que las leyes juzgaban incapaz; mas los militares instituían al que mejor les parecia. Los paganos, si tienen hijos, estan obligados á instituirlos ó desheredarlos por justa causa, que deben espresar. Si alguno los pasa en silencio, es nulo el testamento: empero los militares, si quieren, pueden no nombrar á sus hijos en el testamento. El pagano que, otorgado su testamento, muere i deja á su viuda embarazada, habrá testado inútilmente si le nace algun póstumo. Estos rompen el testamento del padre. Por el contrario, el hijo que nazca del militar no rompe el testamento. Si el padre deshereda sin justa causa á su hijo ó hija, se rescinde el testamento por la *querella inoff. testam.*, entendiéndose lo mismo cuando los padres son preteridos por sus hijos, ó injustamente desheredados; ó los hermanos desheredados por su hermano, é instituida una persona torpe. Mas el testamento de los militares no puede rescindirse por la *querella inofficiosi testamenti*, ya no nombre ó desherede injustamente á su padre, á sus hijos, ó á sus hermanos, ó instituya á personas torpes.

4. Dijimos que en el testamento pagano ninguno podia morir parte testado, parte sin testamento; mas no hai dificultad que asi muera el militar. Igualmente espresamos que ninguno podia morir con dos testamentos, pues el posterior rompia al anterior; á los militares les es licito, i

no se rompe el testamento anterior por el posterior, á no ser en todo contrario uno del otro. El pagano no puede instituir herederos en codicilo, sino en testamento solemne. En el codicilo solo pueden dejarse legados i fideicomisos. No obstante, los soldados pueden nombrar á su heredero en codicilo. A los paganos les es lícita la sustitucion, empero solo á los padres la pupilar, por la que pueden á sus hijos impúberos inscribirles herederos en el caso de que mueran antes de cumplir los 14 años. Los militares pueden sustituir pupilarmente, aun en el caso de que mueran, siendo mayores de 14 años, sin estar obligados á ninguna de las reglas de sustitucion. Si el pagano ha dispuesto de tal manera de sus bienes, que repartidos en legados no deja al heredero la cuarta parte de su caudal, puede este prorratear de todos los legados lo que corresponda, quedándose con la cuarta *Falcidia*, ó sea la cuarta parte de todos los bienes del testador. Mas el heredero constituido por el soldado, no detrae cosa alguna por poco que le deje.

5. Estando libres de las solemninades internas el testamento de los militares, mucho menos debe guardar las esternas. De aquí si testa por escrito no se requieren testigos, ni rogacion; tampoco, en casos que los haya, que sean hábiles. Basta con que aparezcan las tablas testamentarias del militar, i conste con certeza que las escribió el mismo, ó que las formó el propio testador soldado. Valdrá el testamento de este si herido escrive con su sangre en cualquiera parte el nombre del heredero, ó si con la punta de la lanza lo se-

ñala en la arena. Si quiere testar nuncupativamente, bastan dos testigos, no para la solemnidad, sino para probar cual fué su voluntad. (1) El único requisito que se ecsije es, que conste con certeza su voluntad, espresándola, no por casualidad ni en broma, sino con ánimo deliberado, pues si fué por juego no será de valor alguno.

6. El privilejio de que hablamos no fué concedido en atencion á la simplicidad de soldados, pues en este caso convendría solo á los *gregarios* § 2; sino por el gran peligro de muerte en que estan, no pudiendo cumplir con todas las solemnidades i fórmulas testamentarias. El mismo privilejio se amplió á los presidentes de las provincias, i á otras varias personas, *esperimentando el mismo peligro.*

7. Asi pues el testamento militar compete á todos los que estan en la guerra, espuestos á morir de un momento á otro, aun cuando no sean soldados, como los gobernadores de las provincias i sus legados, que se reputan en campaña ó en sitio; á los pilotos, capitanes de navio, i demas que iban en la armada; marineros, vijias, grumetes &c. Los soldados que heridos en la batalla quedaban sordos ó mudos testaban militarmente, pues no se les daba *la licencia* hasta concluida la espedicion (2).

---

(1) *Siempre que se trata de pruebas i no de solemnidades, se entiende bastan dos testigos, que hacen prueba plena.*

(2) *Habia tres clases de* licencias, *á saber,* missio causaria, *que era la que se concedia á los sol-*

8. Disfrutando de este privilejio por el gran peligro en que están de morir, se sigue, que mientras están en espedicion, ya acometiendo al enemigo; ya siendo acometidos, ó estando de guarnicion en puntos donde se halla el teatro de la guerra, pueden testar militarmente; mas no si están en cuarteles de invierno ó en presidios lejos del enemigo. Los soldados gozan de un año i un dia de descanso despues de su mision, lo mismo que todo ausente por causa de la república, i les sirve el testamento que hicieron en la guerra por todo este año, siempre que el retiro sea honesto ó casuario; el ignominioso de ninguna manera, pues se concluyen todos los privilejios.

9. Muchas veces los hijos de familia gozan de los peculios castrense ó cuasicastrense del que pueden disponer; mas si no están en peligro inminente de la vida por hallarse en campaña, no podran testar *jure militari*, sino harán el testamento pagano, teniendo todos los requisitos i solemnidades que las leyes ecsijen. Las Vestales i sacerdotes podian testar de sus peculios, (1) mas habian de ceñirse á las fórmulas de la lei.

10. De ciertas solemnidades esternas estan tam-

---

dados que llegaban á un estado incapaz de servir por alguna enfermedad: missio honesta *que alcanzaban cumplido el tiempo de su empeño;* i missio ignominiosa, *cuando eran depuestos por haber cometido alguna falta, ó accion vergonzosa.*

(1) *Vease la lei 17 de la Tabla XI.*

bien esceptuados *los padres testando á favor de sus hijos*, como tambien la madre, abuelo i abuela. Si disponen estos de sus cosas á favor de sus hijos ó nietos, hacen testamento *escrito ó nuncupativo*. Si escrito, no necesitan de testigos ni de las solemnidades esplicadas anteriormente. Ellos mismos han de escribir las tablas, i han de firmar, ó solo firmarlas, espresando el año, mes i dia, como igualmente la porcion en que dejan instituidos á sus hijos, haciéndolo por letras i no por signos: estas son solo las solemnidades que se requieren. Si nuncupativamente, basta manifestar su voluntad ante dos testigos, que no se ecsijen para la solemnidad, sino para prueba. Cuando dejan algun legado, en este caso precisa la observancia de todas las solemnidades, pues de lo contrario valdrá el testamento en cuanto á la institucion de los hijos, mas no en cuanto á los estraños.

11. Los demas testamentos privilejiados se hacen con menos solemnidades. Tales son los que *se hacen en tiempo de peste*. Todas las solemnidades se han de observar, menos la unidad de contesto. No importa que hoi firmen dos testigos rogados, mañana tres, pasado mañana otros dos, pues en este tiempo de tristeza i miedo no es fácil se reunan siete hombres en un mismo lugar: vale de este modo el testamento como si los testigos hubieran sido congregados en un mismo tiempo, i el testamento se hubiese efectuado en un solo *contesto*.

12. Es tambien privilejiado el hecho en el *campo*, en el que si no puede haber siete testigos,

bastan cinco: si no saben firmar, con solo uno que firme por los demas, es suficiente. Si se alegase que en donde se otorgó habia mas de treinta personas aptas para ser testigos, se deberá probar, pues siempre está la presuncion de que en el campo no pueden reunirse siete testigos, i no será fácil probar estaban las treinta personas presentes, pues por lo comun ó estan trabajando en diversos pagos, ó en la ciudad vendiendo los frutos.

13. Gozan de igual privilejio *los testamentos hechos delante del Príncipe*, ó insinuados ante el juez ó el público. Por cuanto estos testamentos se sostienen en la fé pública, no necesitan de alguna solemnidad. Igualmente el hecho *ad pias causas*, cuales son los que estan dispuestos de modo que los bienes sirviesen para redimir cautivos, socorro de los pobres, dotes de doncellas &c.

14. Queriendo nuestros Monarcas conceder grandes privilejios á los militares, se mandó que todos los que gozasen del fuero de guerra pudieran testar sin limitacion alguna, de cualquier modo, como conste su voluntad. En España hai la singularidad de que la facultad de testar se puede cometer á otro. Si la que se da es jeneral, solo puede disponer el comisario de los bienes á favor del alma del testador. Si le da facultad para hacer algunas cosas especialmente, se ceñirá en un todo en su práctica á lo que dispuso el testador (1).

(1) *Sala tom.* 1. *tít.* 4. *lib.* 2.º *nn.* 5, 6, 10 *al* 14.

TITULO XII.

A qué personas no es permitido hacer testamento.

§. 1.º Preliminar.
§. 2.º Personas que no pueden hacer testamento.
§. 3.º Los hijos de familia pueden testar de su peculio *castrense* i *cuasi-castrense.*
§. 4.º Si los *locos* pueden testar.
§. 5.º No pueden los *impúberos.*
§. 6.º Casos en que el *sordo-mudo* puede testar.
§. 7.º El *ciego* necesita de un testigo mas.
§. 8.º i 9.º La prohibicion de testar se impone en pena.
§. 10.º Qué esté establecido por nuestro derecho pátrio.

1. En todo testamento debe atenderse á tres cosas; á la *persona del testador;* á la *cosa sobre que testa*, i al *modo de testar.* En la persona del testador debian concurrir varias circunstancias, pues podian testar *todos*, *menos ciertas personas que se les prohibia*; quienes sean estas veremos en el presente título.

2. Regla jeneral. *La testamentifaccion es de derecho civil romano, i de ninguna manera de*

derecho de jentes. Aunque muchas naciones conocieron la testamentifaccion como los atenienses; sinembargo, la forma especial del que se otorgaba en Roma, fue propia de la república, no procediendo su validacion del derecho de jentes, sino del civil, del que tomó toda su autoridad. Siendo, pues, la testamentifaccion del derecho civil, se sigue, que no puede hacer testamento: 1.º el *esclavo*, porque no es persona ni ciudadano: 2.º *los prisioneros en poder del enemigo*. Estos se hacian esclavos por derecho de jentes: mas si un romano testaba en la ciudad, i hecho esclavo en la guerra moria en poder de los enemigos, por la lei *Cornelia* valia su disposicion, pues finjia que el que murió en la cautividad habia fallecido en el campo de batalla. Si tornaban á la ciudad, valia el que hubiese hecho antes de ir á la guerra por el espresado derecho de *postliminio*. Por último, si en poder de los contrarios hizo testamento, aun cuando volviese no valia: 3.º *los peregrinos*, haciéndose tales los *deportados*, que eran los que se les ponia la interdiccion del agua i fuego §. 6. tít. 16. lib. 1.º, es claro que no podian testar por derecho civil, pero sí por el de jentes.

3. Por cuanto las leyes de las 12 tablas concedia á los padres de familia la facultad de testar, se sigue: 4.º *que los hijos de familia no pueden hacer testamento ni dejar legados ó fideicomisos*, aun en el caso de que lo permitieran sus padres, §. 9. tít. 11., á no ser que tuvieran peculio *castrense ó cuasi-castrense*, porque la facultad de disponer de estos bienes se les concedió por di-

versas constituciones imperiales. Desde luego no tuvo otro objeto este privilejio que entusiasmar á los jóvenes para que tomasen las armas. Despues se amplió á los que desempeñaban empleos públicos (1). Pero no podian testar de los otros bienes que podian pertenecerles, ni aun de los adventicios, en el caso que el usufructo perteneciera al padre (2).

---

(1) *Constantino concedió á los hijos de familia que tuviesen empleo en la córte, la facultad de testar de los bienes que ganasen en el servicio del príncipe. El mismo privilejio acordó á aquellos que trabajasen en la ciudad en mantener la paz i el reposo de los particulares, del que depende el del estado, no mereciendo menos favor que los que se dedican fuera para la defensa de la pátria.*

(2) *Aunque el padre consienta á su hijo haga testamento, no valdrá, porque no puede conceder nada contra el derecho público, á no ser que teste de los peculios castrenses ó cuasi-castrenses, como queda dicho. Sinembargo de que en el peculio adventicio la propiedad es del hijo, i el usufructo del padre, tampoco puede disponer de él, porque no lo considera la lei como padre de familia, menos en el profecticio. El testamento hecho por el padre de familia dado en arrogacion, se irrita, á no ser que sea soldado: ni el testamento que hace el hijo de familia es válido, á no ser que por la muerte de su padre quede* sui juris.

§. 4. Como el testamento es *una suprema contestacion de nuestra voluntad* §. 3. tít. 10., se sigue: *que no pueden hacer testamento los furiosos, ni los locos*, á no ser que lo hagan en un lúcido intervalo, debiendo el heredero probar que mientras el testador hizo testamento estuvo en su entero i cabal juicio. Los *pródigos* que se reputan como locos civiles, tampoco pueden hacer testamento, empezando la prohibicion desde el momento en que es declarado por *pródigo*, de modo que si lo otorgó antes de la interdiccion, no hai duda que vale el tal testamento (1).

5. Los *impúberos* igualmente no pueden hacer testamento por la debilidad de su cerebro; i aunque hai algunos en quienes la razon se ade-

(1) *Entre el furioso i el pródigo hai la diferencia que desde el momento que un hombre se vuelve loco ó cae en demencia, es* ipso jure *interdicto, é incapaz de disponer de sus bienes, sin que para esto sea necesario juicio qae determine la interdiccion, en lugar de que el pródigo conserva siempre la administracion i la libre disposicion de sus bienes, necesitándose conocimiento de causa. La razon de diferencia es, que el furioso se hace conocer por sus acciones, i esta enfermedad de espíritu no se hace sino demasiado pública i notoria á cada uno; empero la incapacidad del pródigo es un impedimento menos natural que civil, que toma toda su fuerza del juicio que determinó la interdiccion por causa de prodigalidad.*

lanta mucho antes de entrar en la pubertad, las leyes no atienden á uno que otro caso raro, sino á la jeneralidad. Hasta no cumplir 14 años los varones, i 12 las hembras, se tienen por impúberos. §. 1. tít. 21. lib. 1.°

6. Muchas veces la enfermedad del cuerpo embota ó entorpece el ejercicio libre del alma, por lo que esta no discurre bien. Por tanto estan imposibilitados de hacer testamento el *sordo-mudo* i los que tienen separadas estas enfermedades: el sordo no puede oir á los testigos, ni el mudo rogarles; no obstante les es permitido testar por escrito sabiendo leer i firmar.

7. El *ciego*, para hacer testamento, no solamente ha de nombrar á su heredero, sino tambien ha de dar de él todas las señas posibles, con lo que prueba no se equivoca en la persona. De cualquier modo podian testar en un principio; empero por la facilidad con que eran engañados, se le señaló un cierto modo de testar. Debian hacerlo nuncupativamente, i manifestar no padecian engaño en la persona que elejian por heredero, añadiéndose un testigo mas, i todos firmaban i sellaban en el testamento.

8 En pena se prohibe testar, como á los reos de lesa majestad divina ó humana, confiscándosele ademas todos los bienes; á los herejes i apósatas, teniéndose por tales á los que las leyes públicas designan: los tolerados pueden hacerlo. Igualmente los que contraen nupcias incestuosas, ó tienen cópula con parienta dentro del cuarto grado. Estan establecidas estas penas á favor de los hijos lejítimos, por lo que cesa

instituyendo los padres incestuosos á sus hijos lejítimos.

9. Los condenados por *libelos infamatorios* se les prohibe testar. Antiguamente no podian hacer testamento los condenados á muerte, pues se hacian siervos de la pena; mas despues se mitigó la lei, concediéndose pudieran nombrar herederos á los suyos lejítimos.

10. Por nuestras leyes se prohibe testen los menores de catorce años si son varones, i de doce si hembras: el loco ó mentecato: el pródigo en los mismos términos que dejamos esplicado: á los mudos ó sordos que no saben escribir; pero el que sepa podrá testar escribiendo con su mano el nombre de su heredero. Aunque los condenados á muerte ó deportacion no podian testar por derecho de las Partidas, por lei Recopilada se les concede en el dia, pudiendo disponer de la parte de bienes que no queden confiscados, ó que resten despues de satisfechas las costas del proceso (1).

TITULO XIII.

De la desheredacion de los hijos.

§. 1.° i 2.° Prerogativas de los padres en la desheredacion de *sus hijos*: limítanse aquellas.

§. 3.° i 4.° Qué se estableció respecto á

(1) *Sala tom.* 1. *lib.* 2. *tít.* 14. *n.* 9.

1. Hasta ahora se ha hablado del modo de testar, i de los que pueden hacer testamento. En cuanto á lo primero se dijo debian observarse todas las solemnidades internas i esternas. Contraria á la institucion lejítima es la *desheredacion*, de la que tratamos siguiendo el órden de la *Instituta*. Cuanta fué la autoridad de la patria potestad entre los romanos, lo manifestamos en el lib. 1.º tít. 9. Una de las prerogativas era desheredar al hijo sin justa causa. Ecsisten en la historia ejemplos que aterran i entristecen al mismo tiempo, contemplando una nacion sabia, olvidada en muchas cosas del derecho natural. Se hallan los nombres de muchos niños espuestos á la mendicidad por causa de la desheredacion de un padre bárbaro. Todo este rigor permitia la

ámplia facultad de la patria potestad romana. Despues se templó i moderó algun tanto, estableciéndose que precisamente ó habian de instituir á los hijos, ó nominalmente los habian de desheredar.

2. Como los hijos no son todos de una misma condicion, la potestad que tenia el padre para poderlos desheredar era mayor ó menor conforme el grado de parentesco. Se distinguia entre el *propio* i el *emancipado*; entre el *lejitimo* i el *ilejitimo*: entre los *naturales* i *adoptivos*; entre los *hijos é hijas*; entre los de *primer grado* i los de *posterior*. Finalmente entre los *nacidos* i los *póstumos*. La mejor condicion era la de *hijo suyo propio natural de primer grado*. Estos ó se habian de instituir, ó *nominalmente* desheredar. Si el padre los pasaba en silencio en el testamento, ó usaba de la fórmula *á mi hijo jamas lo inscribo por heredero*, no habia testamento, porque el hijo ni nominalmente era instituido ni desheredado. Prócsimos á estos eran las *hijas propias naturales*, i *los nietos*. Se diferenciaban de los hijos: 1.º En que precisamente para que la desheredacion prevaliera habian de ser nominalmente desheredados; las hijas i nietos podian serlo entre los demas: v. g. *mis hijos Davo* i *Mevio sean mis herederos; á los demas hijos deshereda*. 2.º El hijo preterido hacia nulo el testamento; mas si la hija ó nieto lo eran, el testamento subsistia, i los preteridos acrecian en la porcion de los varones.

3. A los dichos se aprocsiman los *póstumos*. En un principio era dura su condicion, pues no

podian instituirse como personas inciertas; despues empezó á correr el principio *que los póstumos se tenian por nacidos siempre que se trataba de su beneficio.* De aquí se estableció la regla *de que los póstumos ó se habian de instituir ó nominalmente desheredar.* Desde entonces, si eran preteridos, i despues nacian vivos, rompian el testamento, i se admitian por herederos *ab intestato*, como á los demas hijos. En el dia no puede darse caso de que sean desheredados, pues marcadas por Justiniano las causas de desheredacion por su *Nov.* 115, son incapaces de cometerlas. I no solamente habia de observarse esto con los póstumos, sino tambien con los cuasi-póstumos que son los nietos, pues rompian el testamento en que habian sido desheredados injustamente, ó preteridos, á no usarse de la fórmula de *Aquilio Galo* (1).

(1) *Podia suceder algunas veces que el póstumo ajeno al tiempo del testamento naciera suyo heredero, i rompiese el testamento, lo que observado por* Galo Aquilio, *modificó en esta parte la lei, é introdujo se pudiera instituir ó desheredar á los póstumos al tiempo del testamento, como naciesen suyos herederos, porque si nacian ajenos no podian instituirse. Debia usarse de la siguiente fórmula.* Filius meus heres esto. Si filius meus, vivo me, morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos post mortem meam in decem mensibus proximis quibus filius meus moriretur natus erit, heres esto. *Despues los cónsules* Julio *i*

4. A los *emancipados* no importaba se desheredasen ó pasasen en silencio, porque se tenian respecto á su padre natural como estraños, mas con todo el pretor les daba la *posesion de los bienes* contra las tablas; á no ser que espresamente los desheredasen. Los hijos emancipados tenian, siendo preteridos, una accion *util* que podian ejercitar *dentro de un año*, para pedir la posesion de los bienes. Si se descuidaban, espiraba la accion dentro del año, i se quedaban sin recurso.

5. Finalmente por lo que pertenece á los hijos *ilejitimos* i *adoptivos*, se tienen á los primeros como sino tubieran padre, i á los segundos como si fueran naturales. Por lo que se sigue. 1.º *Que el padre puede instituir, desheredar, ó preterio al hijo ilejitimo*: es peor la condicion de estos, que la de los emancipados, pues á estos se les concedia la *posesion de los bienes* contra las tablas, lo que no tenian los ilejitimos. 2.º *Que los adoptivos mientras estan en la patria potestad, ó se les ha de instituir ó nominalmente desheredar*: emancipados ni el pretor les daba la posesion de los bienes del padre adoptante, ni la del suyo natural;

Veleyo *establecieron la lei Julia Velcya, que constaba de dos capitulos: por el primero se aprobó la interpretacion declarativa de Galo Aquilio, esto es, se permitió instituir ó desheredar puramente los que naciendo se hicieran al punto suyos herederos del testador. Por el segundo se concedió á los cuasi póstumos romper por su cuasi agnacion el testamento en que habian sido preteridos.*

solamente sucedia *ab intestato* al adoptante. 3.° *Los menos adoptados ni se han de instituir ni desheredar*, pues no estaban en la patria potestad plena.

6. Todas las dudas que se ofrecian por el derecho antiguo quito Justiniano, de suerte que toda la doctrina de desheredaciones quedo reducida á la regla que sigue. *Toda persona á las que se deba porcion lejïtima, hoi ó se ha de instituir, ó nominalmente desheredar.* Se debe porcion lejitima á los padres, i á los hermanos si se le prefieren personas torpes. Asi los hijos preteridos por el padre, ó por su abuelo paterno, hacen nulo el testamento: siendo por la madre ó por el abuelo materno, pueden rescindirlo. Los emancipados piden la *posesion de los bienes* teniendo lo dicho lugar entre los hijos adoptados plenamente, preteridos en el testamento, mas no entre los adoptados por estraño.

7. Se ha dicho que todas las personas á quienes se les debe *la porcion lejítima*, ó se les ha de instituir ó nominalmente desheredar, pues si son preteridos ó desheredados injustamente se rescinde el testamento por los ascendientes, ó por los hijos. La lejítima es, *una porcion de la herencia, prescripta por la lei, que se le ha de dar á ciertas personas*, que son los *padres, ó hijos;* á los *hermanos* i *hermanas* tanto de padre i madre, como consanguineos, en el caso, segun se acabá de decir, que sean personas estrañas. Por el derecho antiguo se les debia á estas personas *ab intestato* la cuarta parte de la herencia; despues segun el número de personas: v. g. si eran cuatro ó menos

el *triens*; si cinco ó mas el *semis* &c. i estas porciones se introdujeron por interpretacion de la lei *Falcidia*.

8. Desheredacion es, *esclucion de la lejítima.* Toda desheracion debe hacerse *puramente.* No se tendrá por desheredado el hijo cuando el padre use de la siguiente formula; *hijo mio, si es verdad que me has hecho injuria no seas mi heredero.* Debe hacerse de toda la herencia, pues si alguno es solo instituido en una porcion de ella no se entendera desheredado en la otra porcion, sino tiene la accion *in factum* para que se le supla lo que le falta. Igualmente toda desheredacion debe hacerse *por justa causa,* espresa en las mismas tablas, i *nominalmente*: v. g. *á mi hijo Davo porque ha atentado contra mi vida, lo deshered*o. Si á los hijos ó padres se desheredan por causa injusta no aprobada por la lei, el testamento se hace *nulo.* Si con justa causa espresa en el testamento pero no verdadera, los hijos ó padres desheredados los *rescinden* por la accion de *querella inoficiosii testamento.*

9. Las justas causas por las que los hijos pueden ser lejítimamente desheredados de sus padres, están demarcadas por Justiniano en su *Nov.* 115 i son las siguientes: I. Si el hijo hubiese hecho alguna injuria grave á su padre, aun de las que se llaman verbales; v. g. si nunca lo hubiere llamado con el grato nombre de padre. II. Si le hubiere hecho alguna injuria de las que se llaman *reales*, como si le hubiere pegado, ó arrojado de su casa. III. Si ha atentado contra la vida del que le dió el ser por si, ó por tercero. IV. Si

delatase al padre delante del majistrado, sufriendo daño por la delacion. V. Si el hijo se acompaña con los que el vulgo llama *sortílegos*, ó se hiciese tal. VI. Si prohibiere testar á su padre. VII. Si lo abandonase estando furioso, i no quisiere ser su curador ó guarda. VIII. Si estando el padre cautivo no lo redimiese. IX. Si el hijo se hace hereje. X. Si acusare al padre de algun delito capital; escepto el de lesa majestad, pues castigándose á los que tienen conocimiento de este delito i no lo manifiestan, el derecho natural dicta, es primero la salud del individuo que la de otro (1). XI. Si hubiere tenido cópula con su madrastra ó con la concubina del padre. XII. Si los hijos, amonestados del padre, á su pesar se hacen infames. XIII. Si el hijo no quisiese fiar al padre, estando este en la cárcel, ó no lo quisiere librar. Esta causa es propia solo de los hijos, pues las hijas no pueden ser fiadoras, segun lo estableció el senado-consulto *Veleyano*. XIV. Si la hija se hiciese meretriz ó prostituyese. No basta se deje estrupar, sino es preciso haga comercio de su cuerpo; i en el caso de que el padre haya querido colocarla con decencia, dándola el correspondiente dote.

10. Las causas por que los *padres* pueden ser privados de la herençia de sus hijos son menos, i se refieren en la *Nov.* 115. *c.* 4. Siendo mayores los vínculos que unen los hijos á los padres, conviene sean menos las causas, i asi estan reducidas

(1) *Pueden acusar del delito de lesa majestad divina i humana los hombres i las mujeres.*

á *ocho*. I. Si acusaren los padres á los hijos de delito capital. II. Si atentan por sí ó por tercero contra la vida del hijo. III. Si ha tenido cópula con su nuera ó concubina del hijo. IV. Si prohibiesen testar á sus hijos. V. Si estando cautivos, no los redimen. VI. Si furiosos, los abandonan. VII. Si son herejes los padres. VIII. Si la madre ha dado veneno al padre, puede desheredar á aquella; i si el padre hubiese puesto las manos violentas en la madre, puede desheredar á este.

11. Los hermanos i hermanas es lícito preterir, á no instituirse personas torpes, porque en este caso ó los han de instituir ó desheredar por alguna de estas *tres* causas. I. Si el hermano ó hermana ha atentado contra la vida de su hermano. II. Si le hubieren acusado de delito capital. III. Si hubiese sufrido algun detrimento grave en sus bienes por causa del hermano ó hermana.

12. Estas son las justas causas de desheredacion, sin poderse hacer por otras inferiores á estas, sí iguales ó mayores. Ejemplo de una menor: si el hijo quitare dinero al padre. De una igual: si trató dar veneno á la madre. De otra mas grave: si quemase vivo al padre.

13. Casi todo lo espuesto en este título está en práctica por nuestras leyes. Pueden los ascendientes desheredar á sus descendientes, si dieren justa causa i fueren de edad de diez años i medio á lo menos: como igualmente los descendientes á sus ascendientes. Debe hacerse nominalmente, sin condicion, i de toda la herencia. El desheredado nada toma del que lo deshereda; empero puede percibir de otras testamentarías.

14. Las causas que puede tener el padre para desheredar al hijo son las mismas que dejamos espuestas, conociéndose dos mas. I. Si contrae el hijo matrimonio clandestino. II. Si se casa sin ecsijir antes el consentimiento de su padre, siendo menor de 25 años, ó de 23 si es hembra. Las de los hijos son las mismas que se espresan en el §. 10. En cuanto á los hermanos, es lo propio, pudiendo instituir á hombre que sea de mala vida ó infamado.

15. Si el testador no nombrase á su hijo por heredero, é instituye á un estraño, será el testamento nulo. Pero si lo preteriere sin nombrar heredero, valdrá el testamento, por cuanto no es de esencia la institucion. El póstumo preterido rompe el testamento de su padre, naciendo todo vivo, con forma humana, viviendo 24 horas i siendo bautizado. Puede recindirse ó perder su fuerza el testamento á instancia de los desheredados con causa injusta ó falsa, valiéndose de la *querella inofficiosi testamento*. Si el desheredado aprueba el testamento, recibiendo para sí ó para otro algun legado que en él se le dejaba, ó defendiendo el testamento como abogado ó procurador de otro, ó consintiere de cualquiera otra manera semejante, no podrá instituir la *querella*. Si deja pasar cinco años desde que el heredero nombrado entró en la herencia, tampoco podrá pasados intentarla, salvo si fuese menor de 25 años, que le es permitido hacerlo durante su menor edad i cuatro años despues (1).

(1) *Sala tomo* 1. *lib.* 2. *tit.* 5. *nn.* 21 *h. el* 27.

TITULO XIV.

De la institucion de heredero.

1. La solemnidad interna del testamento es la institucion de heredero, sin la cual no puede

subsistir. No ecsistiendo hijos, padres, hermanos ó habiendolos estándo desheredados nominal i justamente, se puede escribir por heredero á cualquiera. De esta institucion se trata en el presente título.

2. Heredero se llama, *el sucesor en todos los derechos del difunto*. Con la definicion basta para distinguir el heredero, del legatario, i del fideicomisario singular. Ninguno de los dos últimos sucede *en todos los derechos del difunto*, sino solo en cierta cosa singular; v. g. en la casa A, en el campo B. &c. Se entienden por estos *derechos* los reales, no los meramente personales que espiran con la persona, como sus condecoraciones, matrimonio, usufructo &c. El lejatario i fideicomisario singular no tomando mas que una pequeña parte de la herencia, no tienen obligacion de pagar las deudas del difunto, siendo esta carga del heredero.

3. Entendida la definicion, se comprende fácilmente la primera parte del título *¿quienes pueden ser herederos?* Todo aquel que *al tiempo de la testamentifaccion, ó de la muerte del testador, ó de la adicion, tiene capacidad para poder suceder en todos los derechos de un ciudadano romano*. Mas claro: la testamentifaccion de que se habla es derecho *quiritario*, propio de los ciudadanos romanos; así ninguno podia recibir cosa alguna del testamento, á no ser ciudadano. La capacidad se observaba en tres épocas. *Primera;* al tiempo de otorgarse el testamento. *Segunda;* al de morir el testador. *Tercera;* al de adirse la herencia. Si alguno no tenia esta capacidad en

los tiempos intermedios, no importaba.

4. Podia ser instituido por heredero el *esclavo*, distinguiéndose el siervo propio i el ajeno. Los *propios* no podian instituirse, sin que al mísmo tiempo se les concediera la libertad, porque de otra manera no podian suceder en el derecho civil romano. Mas los *ajenos*, aun sin libertad, pueden instituirse, no entendiéndose ellos nombrados, sino instituidos sus señores, adquiriendo estos la herencia sin dificultad. Se esceptuaba el caso espreso en un rescripto de los Emperadores *Severo* i *Antonino*, pues mandaron que *si la matrona, sospechosa de adulterio, á aquel esclavo con quien se presumia habia faltado á la fé conyugal, instituia por heredero, se tuviese por irrita la institucion mientras no recayese sentencia en la causa que se formara al esclavo.* En efecto, el esclavo nombrado heredero se hacia libre, i no se le podia atormentar, segun el modo de enjuiciar de los romanos; i quedaria impune el delito, no habiendo otro jénero de prueba.

5. Pueden ser instituidos los ciudadanos, i de modo alguno los *peregrinos* ni los que han sufrido la *mudanza de estado* mácsima ó media. En nuestros dias, para poder suceder, no hai diferencia entre el ciudadano i el peregrino.

6. Por el derecho antiguo no podian instituirse las personas *inciertas*, como eran las municipalidades ó ayuntamientos. Mas por derecho posterior se estableció pudieran instituirse, con la diferencia de si podrian ó no cesistir. Si lo segundo, el testamento se tenia por irrito; si lo

primero, subsistia la institucion: v, g., dejo por heredero al cónsul que se elija el año que viene. A los pobres, iglesias, ciudades, colejios i corporaciones por derecho antiguo no podian ser instituidos.

7. Hemos visto quienes pueden instituirse herederos; pasémos á tratar de los que no pueden. Hacemos esta divicion: unos son *simpliciter* que no heredan á persona alguna. Otros lo son *secundum quid*, que en ciertos casos son incapaces de heredar. Se les prohibe simpliciter. 1.° A los hijos de delito de *perdulion*, haciendose la condicion de estos tan miserable, que no solo son destituidos de la herencia de sus padres, sino tambien de la de estraños. Poco mejor es la condicion de las hijas pues solo pueden persivir la lejítima que le dejen por la línea materna. 2.° A los apostatas, herejes, i judios. 3.° A las corporaciones ilicitas. (1)

8. *Secundum quid*, solo en ciertos casos se tienen por incapaces. 1.° Al Príncipe por aquellas personas que tienen pendiente pleito ante el mismo soberano. 2.° La mujer que pasaba á segundas nupcias, si se le dejaba mas porcion que la

---

(1) *No se entiende aqui por corporacion ilicita, la que moralmente lo es, como una sociedad de ladrones, de asesinos &c. sino toda la que no esté aprovada por el principe, aunque su instituto sea piadoso. Por esto las iglesias ante de Constantino no podian ser instituidas, como que no estaban aprobadas por el sumo imperante.*

que tomaba cualquiera de los hijos del primer marido, pues tenian por odiosas las segundas bodas. 3.º Los hijos insestuosos no pueden ser instituidos por su padre; ni este por sus hijos; por otros no hai dificultad. Ni los hijos naturales podian sus padres instituirlos por heredero, á menos de no tener ascendientes, ni hijos lejítimos. 5.º La adultera, ó el adultero entre si tampoco pueden instituirse.

9. Concluimos con la primera parte del título; siguese la segunda, que trata del modo de dividir el *ás hereditario.* (1) Los jurisconsultos llaman á toda la herencia *as*, i esta la dividen en 12 onzas. Dos onzas de la herencia, esto es dos dozavo de la misma llaman *sextan*; tres onzas, *cuadrans* cuatro, *triens*; cinco, *quincunx;* seis, *semis*; siete, *septunx*; ocho, *bes;* nueve, *dodrans;* diez, *decunx;* ó dextan: once, *deunx*; á las doce, as. Cada onza se divide tambien: media onza se llama *semuncia*; la cuarta parte, *sicilium*: la sesta parte, *sextula; escrupulo*, á una de las 24 de una onza: la mitad de esta *simplicium*. El as, multiplicado por dos, se llama *dipondio*; por tres, *tripondio* &c.

---

(1) *Esta voz es griega i significa lo mismo que* uno, todo, integro é indivisible. *Solian los romanos á toda suma llamar* as. *Todo lo que importaba al ano el tanto por ciento del capital que daban á redito, llamaban* as de las usuras; *por lo que á toda la masa hereditaria llamaban* as hereditario.

10. Puede el testador ó seguir la division natural, ó dividir el *as* en todas las onzas que quiera. Empero como ninguno puede morir parte testado, parte por testar §. 11. tít. 10., és consiguiente *que se ha de dividir la herencia de modo que no sobre mas onzas que las que tiene el as.* La razon es bastante óbia, porque si alguno es instituido en el *sémis* ó en cierta porcion i no tiene coheredero, tomará todo el as, pues segun la institucion es solo heredero de la mitad de la herencia, i de la otra mitad el testador muere *ab intestato*; i como ninguno puede morir parte testado, parte por testar, se sigue que tomará el heredero todo el *as*; de otra manera no habria testamento.

11. *Si son instituidos muchos coherederos, sin parte alguna señalada, cada uno de ellos dividen entre sí la herencia por iguales partes*, de modo que todas estas personas se tienen por una sola. Si pues el testador no señala porcion á sus herederos, i dispone de 6000 duros, i son ellos tres, tomara cada uno 200 duros. Si el testador distribuye el *as*, que supongamos es de 6000 duros, de este modo; al *primer nombrado* dejo por heredero; al 2.º i 3.º, igualmente; al 4.º, 5.º i 6.º señalo tambien por mis herederos, se harán tres partes; el 1.º tomará 200 duros; el 2.º i 3.º, cada uno 100 duros: los demas 666 duros con dos tercios cada uno.

12. *Si sobra algo del as, acrece prorrata entre todos los herederos.* V. g. deja Juan por herederos á *Cayo, Marco* i *Seyo*, al 1.º en el *sémis* ó mitad de la herencia; al 2.º en el *cuadrans* ó

tres onzas; i al 3.º en el *sextans* ó dos onzas, sobra una, pues el 1.º tenia. . 6
el 2.º. 3
el 3.º 2

11

i el as, como se ha dicho tiene 12 onzas; falta

por repartir una onza. 01

Esta se divide haciéndola cuatro partes, la mitad para el 1.º, un tercio para el 2.º, i lo que resta para el 3.º De modo que haciendo la cuenta, suponiendo el as de 144 duros, resultará que toma el 1.º 72 duros, valor de las 6 onzas en que ha sido instituido: el 2.º recibirá 36 duros que le corresponden á las 3 onzas: el 3.º ha de haber 24 duros. En el ejemplo propuesto cada onza del *as* vale 12 duros, i habrá tomado el 1.º, 72 duros: el 2.º, 36: el 3.º, 24, que suman 132: el total era 144, sobran 12 que volverán á repartirse segun lo ya esplicado, correspondiendo al 1.º, 6: al 2.º, 3: al 3.º, 2; que suman 11. Sobra un duro, del que le corresponde al 1.º 10 reales con 32 mrs.: al 2.º, 5 - 16: al 3.º, 3 - 20. De suerte que habrá percibido por el todo el 1.º 78 duros, 10 rs. i 32 mrs.
el 2.º 39. . . . 5. . . 16
el 3.º 26. . . . 5. . . 20

Total. . . . 144 que era el valor del as hereditario.

13. *Si falta alguna onza descrece entre los mismos coherederos*: v. g. Deja Juan por herederos á Cayo, Marco i Seyo; al 1.º en el *semis*

ó mitad de la herencia, que supongamos es de 6000 pesos; al 2.º el *cuadrans*, ó sea tres onzas; al 3.º en el semis; sobran 3 onzas, pues 6 el 1.º; 3 el 2.º, i 6 el 3.º, suman 15; el as no tiene mas que 12, luego sobran 3 onzas, que equivale á faltarles á los instituidos. Distribucion: elevo el *as* al *dipondio*, i ya me sobran 9 onzas, que dividiré á proporcion entre los 3 herederos. El *as* en este ejemplo tiene 24 onzas, que es igual á 6000 duros. El 1.º toma 6 onzas de las 24 ó lo que es lo mismo 1500 pesos: el 2.º 3 onzas de las 24, que viene á ser 750 pesos: el 3.º 6 onzas de las 24, que equivale á 1500 pesos: el to-

3750
6000

tal era 6000 pesos, luego restan 2250 pesos que se repartirán entre los 3: el 1.º i 3.º percibirán doble que el 2.º, ó lo que es igual 900 pesos cada uno, i 450 el 2.º, cuya suma total será 6000. Habrán recibido por todo: el 1.º 2400
el 2.º 1200
el 3.º 2400

Total. . . . . 6000 pesos, cúmulo hereditario.

14. *Si hai partes en ciertas personas espresas, i en otras no espresas*; las que están escritas sin parte, toman la porcion vacante, i si nada sobra del *as*; se ha de hacer *dupondio*, i si este no alcanza, *tripondio*, á no ser que el testador añada, *i lo que reste se lo dejo p. e. á Sempronio*, pues en este caso, acabado el as, Sem-

pronio no toma nada. Ejemplo: deja Seyo á Sempronio, Ticio, Antonio i César porherederos, señalando al 1.º el *semis* ó la mitad de la herencia; al 2.º el *sextans* ó dos onzas; á Antonio el *cuadrans* ó tres onzas, i de César nada dice; se entiende que á César va la onza que queda. Por el contrario, dice el testador; dejo á Sempronio el *dodrans* ó nueve onzas, á Ticio el *semis* ó seis onzas, á Antonio el *quinquex* ó cinco onzas, i de César no habla nada; en este caso se elevará el as al dupondio, i de él se sacarán las partes que el testador ha señalado á cada uno, i lo que reste se le dará á César: pero si ha dejado á este tambien porcion determinada, saca cada uno lo que le pertenece por el señalamiento del testador, i lo que sobra se prorratea entre ellos mismos, guardando proporcion. No tiene lugar, cuando el testador dice: dejo el *semis* á Cayo, el *cuadrans* á Ciceron, otro *cuadrans* á Scipion, i lo que sobra á Bruto, pues Bruto como que no sobra nada, nada toma.

15. La última parte del título trata *del modo de instituir á los herederos*. Se puede hacer la institucion *puramente*, ó bajo *condicion*, mas no para desde *cierto dia*, ó hasta *cierto dia*, i la condicion dejada de este modo se tiene por no puesta, porque no podia el testador morir parte testado, parte por testar. Si alguno escribia sea *Ticio mi heredero por diez años*, pasados estos, precisamente habian de heredar los que entraban *ab intestato*, cosa que de ningun modo podia permitirse entre los romanos; i lo mismo sucederia si dijese: dejo á Ticio por mi heredero de aquí á

diez años, pues hasta completar este tiempo iria la herencia á los herederos *ab intestato*, i despues á Ticio, lo que tampoco era lícito. Ademas hai otra razon, pues teniéndose la institucion del heredero hecha *ex die*, como término *a quo*, i la institucion *in diem*, como término *ad quem*, en uno i otro caso la herencia ó de *ex die* ó *vel in diem*, pertenece tambien á los herederos *ab intestato*, i así muere parte testado i parte por testar, cosa no permitida. Mas si se dice de un dia que es incierto, ó que conste que nunca á ecsistido, entonces ambos dias inciertos se tienen por condicionales, i de aquí valdrá la institucion hecha de este modo: el dia que á Ticio elijan cónsul, sea mi heredero, porque es incierto si será cónsul.

16. Haciéndose instituciones bajo condiciones, se pregunta de cuantas maneras son. Se define la condicion diciendo, que es *una circunstancia por la que se suspende la cosa, como á incierto acontecimiento*, por lo que de modo alguno es condicion la que se pone en tiempo pretérito. ¿Cómo ha de ser incierto lo que ya ha pasado? Sinembargo, algunas veces se tiene por condicion, si por razon de la noticia, nuestra cosa es incierta, lo que acontece con frecuencia en las promesas; v. g. ¿me das 100 si el puerto de Cádiz está ocupado? Las condiciones se dividen en *posibles* é *imposibles*; la posible se subdivide en *potestativa*, *casual* i *mista*. Potestativa es la que consiste en la voluntad del heredero; si va ó no va á Roma, si se casa ó no se casa &c.: *casual*, la que pende de algun acontecimiento; v. g. si

fuese elejido cónsul: *mista*, la que pende parte de la voluntad del testador, parte de algun acontecimiento: v. g. si Mevio hecho cónsul fuese á Roma.

17. Las *imposibles* lo son por *naturaleza*; v. g. si se bebiese un rio, ó por la *lei*, p. e. si matase á Mevio; ó por las *buenas costumbres*, v. g. si bailase desnudo en el foro; ó por la *perplejidad* de las *palabras*; p. e. si Seyo fuese mi heredero, sea tú ó Ticio mi heredero; si lo fuese Ticio, Seyo, sé mi heredero. Todas estas son condiciones; pero con todo se puede hacer otra nueva division, porque ademas hai condiciones *afirmativas* i *negativas*. Las negativas tienen de especialidad que no suspenden la institucion, sino el instituido al instante puede recibir la herencia, prestando la caucíon, de que si fuese contra la condicion, al momento restituirá aquella con los intereses que pudiere haber ganado. Esta caucion inventada por Q. Mucio Scevola, ha tomado de él el nombre, por lo que la llaman *caucion Muciana.*

18. De lo dicho se sigue: 1.º *que no puede ser instituido el heredero suyo, sino con condicion potestativa.* Es la razon porque los herederos suyos la misma lei llama á la herencia, i por lo tanto no está en el arbitrio del padre cargar la lejítima del hijo con condiciones duras. Fuera de la lejítima, en lo demas que instituyan pueden poner condiciones, naciendo de esto la caucion *sociniana*: v. g., Ticio, hijo mio, sed mi heredero, si te casas con Maria; empero si con ella no te casas, tan solamente sed mi heredero

en la lejítima. 2.º *Que á cualquiera estraño se le puede instituir con condiciones posibles.* Porque el testador es lejislador en el testamento, i de aqui puede obligar á su heredero con cualquiera lei. Ha de observarse no obstante si ha escrito muchas condiciones *copulativas*, pues todas se han de cumplir: si son *disyuntivas*, basta con que cumpla una: v. g., Mevio, sed mi heredero, si te gradúas de doctor en leyes, i te casas con tu prima; en este caso ambas condiciones se han de cumplir por el heredero. Por el contrario, si alguno fuese instituido de esta manera: sed mi heredero, si ó te casas con mi hermana, ó si te gradúas. Basta con que solo preste una de estas dos condiciones para que se tenga por heredero.

19. *Si la condicion puesta al heredero depende de la voluntad de un tercero, i este no quiere prestarla, se tendrá al primero como si la hubiese cumplido.* Esto se entiende mejor en el caso ya dicho, en que el heredero era obligado á casarse, pues cumple con pretender la novia; mas si ella no lo quiere por marido, podrá el instituido adir la herencia lo mismo que si hubiese cumplido con la condicion.

20. *Las condiciones imposibles, tanto por naturaleza, como por la lei ó las buenas costumbres, se tienen por no escritas.* En los contratos no sucede asi, sino las condiciones imposibles vician el mismo contrato, i es la razon porque el testamento es un acto *unilateral*, i el heredero en condiciones imposibles nunca consiente. Mas el contrato, como acto *bilateral*, requiere precisamente el consentimiento de ambos contra-

yentes. Luego el que consiente en condicíones imposibles, ó no está en su juicio, ó es burlon: en uno ú otro caso el contrato no puede valer. Empero el heredero no consiente en condiciones semejantes, i se entiende que fué la voluntad del testador, mientras hacia el testamento, que si aquella condicion podia cumplirse, se cumpliera; i en caso contrario fuese heredero el escrito, aunque no se cumpliese.

21. *La condicion perpleja, vuelve á la institucion inútil, i no puesta.* Igualmente *el heredero antes de cumplir la condicion del defunto, no trasmite la herencia á sus herederos*: v. g. si alguno me instituye por heredero, si viniese la nave de Asia, i muero antes que venga, mis hijos no perciben la herencia, aunque en efecto llegue con toda felicidad la nave. Por el contrario, si se me prometiese algo con esta condicion, muerto yo, pasa la accion á mis hijos, pudiendo reclamar el cumplimiento de lo prometido, viniendo la nave del Asia.

22. Aunque en España no es necesaria la institucion de heredero para que subsista el testamento, sinembargo es mui raro aquel en que no lo hai. No pueden ser instituidos absolutamente por nadie: 1.º los desterrados para siempre, ó sean los deportados. 2.º Los condenados á trabajar perpetuamente en las minas. 3.º Los herejes, i apóstatas. 4.º Las cofradias, cuerpos, ó sociedades que se hubiesen formado contra derecho, i contra la voluntad del Rei. 5.º Los moros i judios. 6.º Antiguamente la mujer que casaba dentro del año despues de la muerte de su marido,

no podia ser instituida heredera por ningun estraño ni pariente del cuarto grado en adelante.

23. Hai otras personas que solo están prohibidas de heredar á señaladas personas. 1.º Los hijos naturales no pueden ser instituidos por sus padres ni madres, si tuviesen hijos ó descendientes lejítimos ó lejitimados por subsiguiente matrimonio, mas les podrán dejar la quinta parte de sus bienes. Si no tuviesen hijos lejítimos ó lejitimados por subsiguiente matrimonio, podran instituirlos aunque á ellos los sobrevivan sus ascendientes lejítimos. Lo mismo debe decirse de los espúreos respecto á la sucesion de sus madres, salvo si fuesen nacidos de dañado i punible ayuntamiento. De la sucesion del padre estan los espureos tan escluidos que solo les puede dejar la *quinta* parte de sus bienes si se hallaren en necesidad, i no de otra manera. 2º Los hijos de los clérigos, frailes ó monjas profesas no pueden ser instituidos ni gozar de legados, ni donaciones que les hicieren sus padres, ni parientes por parte de padre. 3.º El confesor del moribundo no puede percibir ni él, ni sus parientes, ni su iglesia ó relijion, nada del testamento del que confesó en la enfermedad de que murió.

24. El nombramiento de heredero debe hacerse con palabras que lo señalen cierta i claramente, i no tendrá valor si el testador señalase al heredero por injurias ó dicterios especiales; pero si valdrá, si en jeneral dijese de él, que era malo, sin espresar la especie de maldad.

25. Por derecho de las partidas se conoce la division de la herencia por onzas. En el dia se

puede morir parte testado, parte por testar, por lo que vale la institucion que se haga desde cierto tiempo, ó hasta cierta época. No hai ya derecho para acrecer en las herencias, cuando uno solo es instituido en cosa cierta, ó parte señalada; ó son muchos los instituidos con partes espresas, en cuyos casos iran á los herederos lejítimos los demas bienes vacantes, ó parte de que no dispuso el testador. Pero si se colije fué su voluntad que acrecieran, no pasa nada en este caso á sus heredero lejítimos.

26. Puede instituir puramente, ó á dia cierto, i bajo condicion. Su naturaleza es la misma que la esplicada por el derecho romano. Las que tienden á la falta de moral ó pudor, se tienen por imposibles, *pues debe creerse que no podemos hacer aquellas cosas que ofenden la piedad, estimacion, i rubor nuestro, i jeneralmente las que se hacen contra las buenas costumbres*, i se tienen por no puestas en los testamentos.

27. No vale, i se tiene por no escrita como opuesta á las buenas costumbres, la condicion de no casarse cuando se impone á un célibe, i con mas particularidad si fuere mujer. Pero deberá cumplirse cuando se pone á un viudo, é igualmente si la prohibicion de casarse no es jeneral ni tiene veces de tal, como si el padre mejora á su hija soltera, *mientras se mantenga doncella ó sin casarse* (1).

---

(1) *Sala tomo* 1. *lib.* 2. *tit.* 5. *n.* 1. *h. el* 10.

TITULO XV.

De la sustitucion vulgar.

1. SIGUESE ya la doctrina de las *sustituciones* que en Roma fueron tan frecuentes, que no solo instituian *segundo heredero* en lugar del primero, caso que este faltara, sino tambien tercero cuarto i aun mucho mas. El objeto del testador era, que si el primero instituido no queria, ó no podia adir la herencia, lo fuese el segundo; i si este tampoco, el tercero nombrado &c. A esto llamaban *sustitucion*, ó *sustituir*, i lo hacian. 1.º Porque ocultando la herencia el instituido, en seguida la repudiaba por lo regular para no pagar las deudas del defunto, i siendo ignominioso morir sin heredero, á su pesar caian en esta infamia. 2.º Porque los que dejaban hijos impúberos, temian no muriesen sin testar, i así lo sustituian pupilarmente. Hablaremos de cada una de las sustituciones por orden.

2 Se entiende por sustitucion, *la institucion de heredero segundo en lugar del primero*

faltando este, v. g. Siro sea mi heredero; i si no lo fuere, que lo sea Cayo. Puédese añadir á la definicion, i *aun* tercero, cuarto i *muchos herederos en lugar del anteriormente instituido.*

3. La sustitucion es *directa* ó *fideicomisaria.* Aquella se hace con palabras directas ó imperativas: esta la que con espresiones precativas ú oblicuas; v. g. Mevio, sed mi heredero, i te ruego que si mueres sin hijos dejes la herencia á Cayo. La sustitucion *fideicomisaria* propiamente no es sustitucion: no es *vulgar* porque esta se hace en el caso de que no sea heredero; no *pupilar* porque de esta manera solo se puede sustituir á los adultos. Sinembargo asi está recibida entre los doctores, de modo que conocen sustituciones fideicomisarias.

4. La sustitucion es tambien *vulgar* i *pupilar*. Vulgar cuando un testador sustituye á cierto heredero en el caso de que no lo sea. *Pupilar* por el contrario cuando el padre sustituye á su hijo impúbero en el caso de que siendo heredero, muera dentro de los años de la impubertad. Estas sustituciones se diferencian: 1.º En que vulgarmente pueden sustituir en jeneral todo testador; pupilarmente solo los padres. 2.º Vulgarmente se sustituye á cualquiera heredero; pupilarmente solo á los hijos impúberos. 3.º Aquella se hace en caso *negativo*, sino fuere heredero: está en caso *afirmativo*, si fuere heredero, i muriese dentro de los años de la impubertad.

5. Finalmente, se divide la sustitucion en *espresa* i *tácita*. Espresa es la que consta termi-

nantemente; tácita, cuando una se comprende en otra. Siempre bajo la sustitucion pupilar se entiende la vulgar, i bajo la vulgar la pupilar, si el impúbero es sustituido vulgarmente.

6. Estas son las divisiones de la sustitucion: en este título tratamos solo de la vulgar. Habiendo lugar á esta en el caso de que no fuere heredero el primer nombrado, ocurre la duda de *si se ha de entender del caso en que no quiera ser heredero, ó si del en que no pueda.* Ténganse presentes estas dos reglas. *Primera*, las palabras *si no fuere heredero* corresponden á uno i otro caso; á lo que llaman los doctores *caso de voluntad ó de impotencia. Segunda.* Si uno ú otro caso está espreso, el uno se entiende tácitamente comprendido en el otro. De aqui si, p. e. dijese el testador; *Ticio, sed mi heredero; si no pudieres, que lo sea Mevio*, es lo mismo que si dijese, si no quisieres ó no pudieres ser mi heredero; por lo que suele decirse que *los casos de voluntad comprenden tambien los de impotencia, i por el contrario.*

7. Hemos dicho que la sustitucion vulgar *era sustitucion de heredero segundo en lugar de primero.* Síguese pues: 1.º *que pueden sustituirse los que pueden instituirse.* Los que son inhábiles para conseguir herencias no pueden ser sustituidos: v. g., si el testador escribiese: *Ticio,* sed mi heredero, i si no lo fueres, que lo sea el colejio A, no reconocido por el gobierno, la sustitucion será de ningun momento. 2.º *Se pueden sustituir muchos en lugar de uno, i uno en lugar de muchos*, lo que es bastante claro de por sí, i

no necesita de ejemplo. 3.º *Aun los mismos coherederos pueden unos á otros sustituirse*; i esto se hace con la siguiente fórmula. *El 1.º, el 2.º i el 3.º sean mis herederos; i si faltare alguno, séalo por los demas el sustituido*. Se llama esta sustitucion de los coherederos *recíproca*, *mutua* &c., i por los doctores *brevilocua*. Mas por cuanto suele acrecer á los coherederos la porcion del que falta, aun sin sustitucion, fácilmente aparece que esta sustitucion del todo es insignificante.

8. De la misma definicion inferimos *que el sustituido en duda se entiende que es llamado á la misma parte que el instituido*, pues sucede en su lugar. De aquí si el 1.º es instituido en dos partes de la herencia, el 2.º, 3.º i 4.º en el *cuadrante*, el 5.º tambien en el *sextan*, i al 1.º sustituye el 6.º, al 2.º el 7.º, i así los demas; el 6.º faltando, el 1.º recibe el *sextan* ó dos onzas; el 7.º, faltando el 2.º, el *cuadrante*, i así progresivamente. *La sustitucion vulgar espira en dos casos*: 1.º si el sustituto muere antes del testador: 2.º si el instituido ade la herencia (1).

9. Dicen los jurisconsultos que *el sustituto*

---

(1) Pagenstecherus *dice que hai ademas otros dos casos: conviene á saber, si el heredero fuere contumaz en adir la herencia*, Nov. 1., *i si el menor ade la herencia, i despues se le* restituye in integrum; *pues entonces de ninguna manera se desvanece la sustitucion segun la* lei 7. §. 10. ff. de minoribus.

del sustituto es sustituto del instituido. El caso es este: el 1.º sea mi heredero; si no lo fuere, séalo el 2.º: si ni el 2.º es heredero, el 3.º que le sea: ya muerto el testador, ha fallecido el 2.º, el 1.º repudia la herencia; por lo tanto se pregunta si ha de admitirse al 3.º La razon es dudosa, porque este no es sustituto del 1.º sino del 2.º Con todo se admite, porque el sustituto del sustituto tambien se entiende instituido como el sustituto.

10. Todo lo dicho en este título con respecto á la sustitucion está conforme con nuestras leyes, i solo hai alguna que otra modificacion de mui poco momento (1).

TITULO XVI.

De la sustitucion Pupilar.

§. 1.º Qué sea sustitucion *pupilar.*
§. 2.º h. el 4.º Se esplican varias reglas respectivas á esta sustitucion.
§. 5.º El hijo púbero no puede ser sustituido.
§. 6.º Refírense otras varias reglas.
§. 7.º i 8.º Sustitucion *Justinianea* i *militar.*
§. 9.º Derecho de España.

1. En el título anterior se vió la diferencia que hai entre la sustitucion vulgar i la pupilar:

---

(1) *Sala tom.* 1. *tit* 3. *lib.* 2. *n.* 11.

falta la definicion de esta. PUPILAR SUSTITUCION es, *cuando el padre sustituye á su hijo impúbero, constituido en su patria potestad, i por su muerte no recae en la de otro, caso de que muera dentro de los años de la impubertad.* Si averiguamos el orijen de esta sustitucion, algunos autores niegan proceda de las leyes de las *doce Tablas*, aun cuando jeneralmente se crée asi. Sin duda padecieron equivocacion, pues la lei primera de la tabla V decia, *el padre de familia legando* &c. Los hijos respecto á sus padres eran cosas, no personas; de consiguiente cuando el padre escribe á su hijo por heredero, ó lo sustituye, es claro que *dispone de sus cosas*, i por lo tanto no puede negarse que esta sustitucion procede de las leyes de las doce tablas.

2. De lo dicho se deduce 1.º Que *el fundamento de la sustitucion pupilar es la patria potestad*, pues las leyes de las doce tablas permitian legase i dispusiera el padre de sus cosas i dinero, no los estraños. 2.º Es *causa de esta sustitucion la edad inmadura, ó la impubertad.* No pudiendo los impúberos hacer testamento, pareció justo á los romanos que en lugar de ellos testaran sus padres, cuya razon cesa llegando el hijo á cumplir 14 años, i la hija 12. 3.º *La sustitucion pupilar equivale á dos testamentos*, no respecto á las forma ó solemnidades, sino por razon de la materia é institucion de heredero. En primer lugar el padre hace testamento i escribe por heredero á su hijo; despues testa por el hijo señalándose heredero en caso que muera impúbero.

3. Por cuanto el fundamento de esta sustitucion es la patria potestad, se sigue: 1.º *que la madre no puede sustituir de este modo*, pues no tiene potestad en el hijo. Solo le es lícito sustituirlo vulgarmente. 2.º *Que el padre no puede sustituir pupilarmente á sus hijos emancipados.* Estando estos fuera de la patria potestad, i siendo este su fundamento, no procede aquella de modo alguno. 3.º *Que ni el abuelo puede sustituir pupilarmente al nieto, que por su muerte ha de recaer en la potestad de su hijo, padre del menor.* Por fallecimiento del abuelo no es el nieto hombre *sui juris*, ni puede tener otro heredero mas que su padre; sinembargo la lei *Veleya* estableció que si el abuelo instituía ó desheredaba al nieto, podia sustituirlo pupilarmente, cuya sustitucion se dice que es hecha por la fórmula de la espresada lei.

4. *El padre puede sustituir á su hijo desheredado.* El fundamento, como se ha dicho, es la patria potestad, que no se disuelve por la desheredacion. Podrá objetarse que el desheredado no teniendo bienes, está demas la sustitucion; empero aun cuando no tenga bienes paternos, puede ser rico por parte de madre, i la sustitucion pupilar se da para todos los bienes. *Se desvanece la sustitucion si el padre emancipa al hijo ó por su muerte se da en arrogacion.* En el caso 1.º falta la patria potestad, en el 2.º deja de estar el hijo *sui juris*, i por lo tanto no puede tener otro heredero que su padre.

5. Siendo causa de lo espuesto la edad inmadura, ó sea la impubertad, se sigue 1.º *Que al hijo*

no puede sustituirse sino dentro de los años de la impubertad, aunque sea por pocos dias. Púbero el hijo, ya puede hacer testamento, i no necesita teste su padre por él. Si sustituye al hijo mayor de 14 años valdrá como fideicomiso; lo mismo que si el padre rogara al hijo diese, p. e. la herencia a Juan. 2.° *Se desvanese la sustitucion, llegando el hijo á la pubertad.* No hai cosa mas natural que cesando la causa, cese el efecto.

6. Dijímos que la sustitucion pupilar es igual á dos testamentos; siguese de aquí que *el padre no puede sustituir á su hijo, ó testar por él, á no hacer primero testamento.* ¿Como puede entenderse sustitucion, á no ser que preceda institucion? *El sustituto recibe todos los bienes del menor, tanto paternos como maternos.* Dijímos en el §. 4.°, que la sustitucion se daba para todos los bienes; por lo tanto, si aun vive la madre, no recibe el sustituto la lejítima materna que adquiria por su fallecimiento, pues aun no la ha heredado, sino la porcion paterna que es solo heredada, sin poder entablar la madre la *cuerela del testamento inoficioso* porque no por el hijo, sino por el padre es escluida de la herencia, que no se debe á la esposa. (1) *No prosperando el testamento del padre, no surte efecto la sustitucion.*

---

(1) Algunos doctores tuvieron esta determinacion por inicua, i asi á pesar de lo espreso i literal de la lei romana, se adjudican en este caso la lejítima á la madre, como mas conforme á la equidad natural.

Esta es secuela del testamento del padre i como cosa accesoria á él: lo accesorio sigue á lo principal.

7. Estas dos especies de sustitucion vulgar i pupilar, solo se conocieron por derecho del *Dijesto*. Despues Justiniano inventó otra, i se llama *Justinianea*: *la que es ejemplar ó cuasi-pupilar*. La última se diferencia de la pupilar en que *esta se hace á los hijos impúberos*; la cuasi-pupilar á *los furiosos, mentecatos, pródigos*, i *sordos-mudos*, siendo púberos. La pupilar se hace por solo el padre; esta por todos los ascendientes. Se substitituye aun á los desheredados, cuasi-pupilarmente solo á los instituidos. Pupilarmente á cualquiera, aun siendo estraño; cuasi-pupilarmente á los hijos furiosos, i si no los hai, á los hermanos i hermanas, i en su defecto á cualquiera. La sustitucion pupilar finaliza cumpliendo el menor catorce años, siendo varon, ó doce siendo hembra; la cuasi-pupilar, cesando el furor; ó desapareciendo el vicio del ánimo, ó del cuerpo.

8. Finalmente hai sustitucion *militar*, que se llama *privilejiada* por los doctores. A la manera que observamos en el §. 2. *tít.* 11. que los militares testando, pueden suprimir toda solemnidad, asi igualmente pueden sustituir como mejor les parezca. Pueden sustituir á sus hijos aun siendo púberos, i á los estraños en el caso de que sean sus herederos. lo que en el testamento pagano no es lícito, segun hemos manifestado.

9. Lo espuesto está conforme con nuestras leyes patrias. Conocemos ademas la sustitucion

compendiosa, que es aquella *que comprende cualquiera herederos, todos los tiempos i edades de estos, i todos los bienes*, de suerte que abraza la vulgar, la pupilar i cualesquiera otra, segun la capacidad del que la hace i del que la recibe. Tampoco es mas que modo de sustituir la que se dice, *breviloqua*, *recíproca* ó *mútua*, que se verifica cuando el testador dispone sean sustituidos entre sí los mismos que instituye (1).

TITULO XVII.

En qué manera dejan de valer los testamentos.

§. 1.° Preliminar.
§. 2.° i 3.° Testamentos *nulos* é *injustos*.
§. 4.°, 5.° i 6.° Cuando se *rompen* é *irritan*.
§. 7.° i 8.° En qué casos se dicen *destituidos* ó se *rescinden*.
§. 9.° Derecho de España.

1. Justiniano guarda en toda la Instituta el método de que espuesta alguna doctrina, en seguida esplica la que le es contraria. Habiendo pues hablado de los modos de hacer testamento, sigue ecsaminar las maneras de como estos se *in-*

(1) *Sala tomo* 1. *lib.* 2. *tít.* 5. *n.* 12. *h. el* 15.

firman. Unos testamentos son *nulos*; otros *injustos*; algunos se *rompen*; varios se *irritan*; los hai *destituidos* i tambien se *rescinden*. Espondremos lo perteneciente á cada uno de estos.

2. En primer lugar, ciertos testamentos son *ipso jure nulos*, que puede suceder por dos motivos: 1.º *si hai defecto en el heredero instituido*: v. g., si no se ha nombrado con los requisitos que previene la lei. 2.º *Si el que hace testamento es inhábil ó no puede hacerlo por la lei*: p. e., si es impúbero. Luego toda nulidad procede ó de la persona del heredero, ó de algun vicio correspondiente á las solemnidades internas, ó de la institucion.

3. Se dice *injusto* el testamento que no es hecho conforme la lei, ya se hayan omitido las solemnidades internas, ya cualquiera otra de las esternas, lo que es causa de que sean nulos é injustos i de ningun valor; de modo que la institucion de heredero no tiene efecto, ni lo restante de la disposicion, como los legados &c., equivaliendo á morir sin testamento. Algunas veces *el testamento injusto* se sostiene como cláusula *codicilar*: *si mi última voluntad no valiere como testamento, quiero valga como codicilo ó de cualquier otro modo*. Por esta fórmula el testamento se convierte en codicilo, i la institucion de heredero en fideicomiso, si han suscrito cinco testigos.

4. En tercer lugar, algunas veces *se rompen* los testamentos, i esto acontece en dos casos: 1.º por la agnacion de un póstumo: 2.º por el testamento perfecto posterior. *La agnacion del*

póstumo es de dos maneras, ó natural ó civil. *Natural*, cuando despues de hecho el testamento le nace al testador algun hijo ó hija, ya sea antes de su fallecimiento, ó despues de su muerte. Si no hace mencion de él, al momento que nace lo rompe. *Civil*, cuando el testador, despues que ha hecho el testamento, arroga ó lejitima á alguno, pues estos que se constituyen en la potestad del testador, i sinembargo son preteridos en el testamento, al instante lo rompen. *El testamento posterior* rompe al anterior, siendo perfecto en todas sus partes. Aun cuando al anterior le ponga la cláusula derogatoria, *si despues hago nuevo testamento, no sea de algun valor, pues siempre quiero valga solo este.* No obsta tampoco jure no ha de mudar el testamento. Es la regla jeneral que *ninguno puede imponerse leyes, que no pueda separarse de ellas*, siendo la voluntad del hombre variable hasta la muerte; pues la testamentifaccion es un acto unilateral, i de consiguiente puede mudarse cada vez que se quiera.

5. Se pregunta, si el testador no hace nuevo testamento, mas ante ciertas personas declara no quiere valga el que tenia hecho, ¿en este caso se romperá? Solo esta declaracion no lo rompe, á no haberse hecho ante tres testigos, i hayan pasado diez años. No habiendo cosa tan natural como disolverse las cosas del mismo modo que fueron hechas, habia el inconveniente de que el testador no podia revocar su voluntad sin solemnidades. Otra cosa se ha de decir si el testador en el testamento que tiene hecho borra la

firma, raya el nombre del heredero, tacha alguna cláusula, rompe alguna hoja &c.; pues en estos casos dejará de valer el testamanto, siendo tachado lo sustancial: i si solo borra alguna cláusula, valdrá en lo restante. Sinembargo por tres maneras puede subsistir. *Primera.* Si el testador declaró en el testamento posterior es su voluntad subsista el primero. Valdrá su anterior declaracion por modo de fideicomiso, como si el heredero del segundo testamento fuere rogado restituya la herencia al 1.º instituido. *Segunda.* Si el póstumo, que rompe el testamento, muere viviendo aun el testador; en cuyo caso el pretor, remoto el impedimento, da la posesion segun las tablas. *Tercera.* Si el testador rasga el testamento posterior para que valga el anterior, pues aun que en este caso *ipso jure* el primer testamento ha sido roto, con todo el pretor dá la posesion de los bienes segun las Tablas.

6. En cuarto lugar, el testamento se llama írrito, siempre que el testador muda de estado, esto es, siempre que sufre la mudanza de estado mácsima, media ó mínima; pues cáe la cosa en aquella causa en que no puede principiar. Por la mácsima el testador se hace esclavo; por la media peregrino por la mínima hijo de familia: es así que ni el esclavo, ni el peregrino, ni el hijo de familia pueden hacer testamento; luego cayendo en cualquiera de las tres mudanzas de estado, se *irrita* el testamento que anteriormente habia hecho. Sinembargo el pretor socorria al heredero instituido, siempre que el testador al tiempo de morir, fuese otra vez hábil.

7. 5.° Ciertos testamentos se llaman *destituidos* cuando el instituido ó no quiere ó no puede adir la herencia. En este caso se tendrá al testador por muerto sin testamento, i sus bienes pasarán á los herederos *ab intestato*. Sucedia con frecuencia en lo antiguo que el heredero no queria adir la herencia, porque esta se componia mas de deudas que de caudal, i por el mero hecho de adirla, era responsable á aquellas con sus propios bienes. Posteriormente se vió esto rara vez, pues se concedió el BENEFICIO DE INVENTARIO, no estando ninguno obligado á mas de lo que importase el total de este.

8. Finalmente ciertos testamentos se *rescinden*, i sucede por la cuerela de *inoficioso testamento*, de la que hablamos en el siguiente título (1).

---

(1) *Augusto solia persuadir á sus amigos que en testimonio de benevolencia lo instituyeran por heredero, ó le dejasen algun legado. No admitia las herencias de los desconocidos ni de los que dejaban hijos, antes sí se las restituia con lucro.* Tiberio *siguió su ejemplo.* Calígula *se apoderó de todas las herencias que se le antojaron, pues siempre hubo quien le aconsejó habia oido decir al testador deseaba fuera su heredero el César.* Neron i Domiciano *imitaron en esto á sus predecesores; mas no hicieron lo mismo* Trajano *i* Adriano, *pues siguieron el ejemplo de Augusto.* Cómmodo *no pudo menos que seguir las huellas de sus iguales. Su sucesor* Pertinax *man-*

9. Por derecho de España tenemos en este particular puesto en observancia casi todo lo dicho, aunque con la modificacion de que no se *irritará* el testamento por la mudanza de estado, pues hasta los condenados á muerte hacen testamento. El posterior no romperá al anterior, siempre que el testador en este tenga espresado no valga cualquiera otro que con fecha posterior se encuentre, no conteniendo; p. e., el verso *Misserere mei Deus*, pues el tal no estará otorgado por su libre i espontánea voluntad, sino forzado ó comprometido. Tambien valdrá el anterior en lo que no se oponga al posterior (1).

---

dó por un senado-consulto no pudiera el Príncipe admitir herencia que le fuera deferida por adulacion, privando de ella á los herederos lejítimos, ni las que fueran dejadas por testamento posterior é imperfecto, ni mucho menos en las que fuese instituido por una de las partes litigantes en cosa litijiosa, con el fin de que el contrario se viese burlado, teniendo que ó dejar el pleito, ó disputar con el Soberano. Teodosio *el Grande i* Teodosio *el Jóven, para estinguir de un todo los fraudes que aun todavia se veian, mandaron no pudiera recibir el Príncipe herencia alguna, porque decian:* aunque no estamos ligados á las leyes, sinembargo reinamos por la lei.

(1) *Sala tomo* 1. *tit.* 5.º *lib.* 2. *n.* 25. *i* 26.

TITULO XVIII.

Del testamento inoficioso.

§. 1.º Orijen de la *cuerela del testamento inoficioso.*
§. 2.º Cuando los hijos *rescinden* el testamento de sus padres.
§. 3.º Definicion de la *cuerela.*
§. 4.º Casos en que se entabla.
§. 5.º Efectos que causa.
§. 6.º Derecho español.

1. Dijimos que el testamento puede rescindirse por la *cuerela del testamento inoficioso.* §. 8. tít. 17. De ella vamos á tratar con la claridad que sea dable. Sobre su oríjen hai disputas, mas las omitimos por insignificantes, siendo lo mas probable fueron los jurisconsultos autores de la cuerela del testamento inoficioso. Viendo muchas veces que los padres sin justa causa desheredaban á sus hijos, no ocultándoseles que los furiosos ó mentecatos no podian hacer testamento, finjieron no estaba el testador en su sano juicio, i de aquí probaron que los hijos no habian sido preteridos ó desheredados justamente, por la que se dice, que esta cuerela fué instituida, *bajo el concepto, de que el testador no estaba en su juicio, cuando otorgó el testamento.*

2. Aquella accion, pues, con la que los hijos injustamente desheredados, rescindian el testa-

mento de su padre, llamaban *querella de inoficioso testamento*, cuya denominacion se le dió justamente, á la manera que los estraños se decia *inter se agere*; i los parientes *conquerebantur*. Competiendo este remedio solamente á los parientes contra sus parientes, no se llamaba *accion*, sino *querella*. Finalmente, decian *inoficioso* del oficio, pues *Séneca* observó que los romanos distinguieron entre el oficio, el beneficio, i el ministerio: el *beneficio* se prestaba por los estraños: el *ministerio*, por aquellos que están en nuestra potestad; i el *oficio* por los parientes i aguados.

3. Con estas premisas se puede ya entender la definicion de la querella. No es mas que una especie de peticion de herencia, que ejercitan los injustamente desheredados, i aun los preteridos, contra los herederos instituidos, para que se rescinda el testamento, i sean admitidos á la herencia, como si el testador hubiese muerto sin testamento. Debiéndose la porcion lejítima á los hijos, padres, hermanos i hermanas, hijos de un mismo padre i consanguíneos; si estos prefieren á alguna persona torpe, pueden instruir la *querella de inoficioso testamento*.

4. No siendo siempre necesaria esta querella, sino algunas veces faltando otro remedio, se ha de observar: 1.° Que no tienen necesidad de ella los hijos preteridos ó desheredados por causa injusta, pues en este caso *ipso jure es nulo* el testamento, i lo que es nulo no es suceptible de rescision. Deberán pedir la nulidad del testamento, con la que consiguen no tenga valor nín-

guna de sus cláusulas. 2.º No debe entablarse, siendo instituido en una pequeña porcion de la herencia. En este caso, como no son desheredados ni preteridos, tienen la accion *espletoria* para que se les abone la parte que les falta. De consiguiente solo hai 3 casos en que debe instituirse la querella. 1.º Si la desheredacion procede por decir el testador ha incurrido su heredero en alguna de las justas causas esplicadas en el tít. 13, mas este niega sea verdad, correspondiendo al heredero instituido probar su certeza. 2.º Si los padres son preteridos por sus hijos, ó los hijos por el padre ó abuelo, ó por la madre ó abuelo materno, los hermanos en el testamento de su hermano son pospuestos á personas torpes. Todos estos no pudiendo usar de otro remedio, rescinden el testamento entablando la *querella*. 3.º Si la causa de la desheredacion es justa, mas no espresa en el testamento.

5. Por cuanto esta querella es odiosa, como opuesta á la piedad filial, pues se finje no estaba el padre en su sano juicio, no tenia lugar siempre que habia otro remedio. Igualmente cesaba, si el desheredado moria antes de entablarla, pues no pasaba á su heredero, á no ser que hubiera principiado el pleito. Pasados 5 años no podia ejercitarse, pues prescribia en este tiempo. Cesaba tambien, si el desheredado por cualquier modo, ya espreso, ya tácito, en su nombre, ú otro en el suyo, aprobaba el testamento, á no ser por necesidad de oficio, como si el hijo desheredado pide el legado que deja su padre al menor del que es curador. Hai meritos para

admitirle la *querella*, pues estaba obligado á pedir el legado por razon de su oficio. Por lo que respecta á su efecto, antiguamente todo el testamento, i todas sus cláusulas se invalidaban si llegaban á rescindirse; empero Justiniano estableció, *Nov.* 114. c. 3., que solo se desvaneciese la cláusula de institucion, permaneciendo los demas capítulos. Por la *Nov.* 22. c. 44, se esceptua el caso de cuando el hermano ó hermana instituia á una persona torpe, pues declarado el testamento por inoficioso, se infirmaba todo él.

6. Por nuestro derecho Patrio está en un todo conforme lo espuesto en este título. Véase á *Sala tít.* 5. *lib.* 2 *n.* 27.

TITULO XIX.

Calidad i diferencia de los herederos.

§. 1.° Varias clases de herederos.
§. 2.° Esplícanse los *necesarios*.
§. 3.° h. el 5.° Se habla de los *suyos necesarios*, i *voluntarios*.
§. 6.° 7.° i 8.° Qué sea *adicion*.
§. 9.° i 10.° Qué se entienda por *beneficio de deliberacion*: reglas que se observan.
§. 11.° i 12.° *Beneficio de inventario*.
§. 13.° i 14.° Derecho de *España*.
§. 15.° Modos de *repudiar* la herencia.

1. Hemos dicho que el testador podia instituir al que quisiera §. 1.° tít. 13. Sinembargo no

todos los herederos son de un mismo jénero pues los hai *necesarios*, *suyos necesarios*, *i voluntarios*. Se llaman *necesarios* los que quieran ó nó son obligados á ser herederos, pues como lejislador el testador podia obligar á su esclavo, ó hijo constituido en su potestad, adiera la herencia. *Suyos necesarios*, los que está precisado ha instituir ó desheredar. *Voluntarios* los que estan en arbitrio del testador escrivir por heredero.

2. Heredero *necesario* era el esclavo propio, el que instituido se presumia quiso su amo darle la libertad, pues el que quiere el efecto quiere la causa. Escrito por heredero presisamente era obligado á adir la herencia, ó por mejor decir, era heredero sin necesidad de la adicion, para que á su nombre se vendieran á *subasta* los bienes, dedejando muchas deudas el difunto, á fin de que no recayera en él la infamia que caia en el que bajo su nombre se vendian aquellos.

3. *Suyos necesarios* eran los hijos que al tiempo de la muerte del testador estaban constituidos en su potestad, i no habian de recaer en la de otro. Se decian *suyos necesarios* porque se tenian por condueños con el padre en los bienes, i como los siervos estaban obligados á ser herederos: siendo esto mui duro cuando seles dejaba mas deuda que caudal, el pretor les concedió el beneficio de *astenerse*, estando en su advitrio adir ó nó la herencia. A los inpúberos les servia siempre el beneficio, ya se meselasen en la herencia ó dejarán de hacerlo. A los púberos les aprobechaba mientras no se meselaban.

4. Aunque en el dia los hijos son herederos

voluntarios, no obstante se observa lo siguiente. No *áden* la herencia como los estraños, sino *ipso jure* son herederos. Los estraños se dice *se portan como herederos*; los hijos que *se mezclan*. Aquellos *repudian la herencia*: los hijos se *astienen*. Los voluntarios, no adida la herencia, no la transmiten á sus herederos: los hijos, siendo herederos *ipso jure*, la transfieren al ínstante.

5. Son *voluntarios* todos los que ni estan en dominio ni bajo la patria potestad del testador, i adquieren la herencia ó por *palabras* ó por *hechos* Si espresamente dicen quieren ser herederos, entonces áden la *herencia*; mas si de hecho comienzan á administrar las cosas hereditarias, en este caso se dice *pro herede gestio*. Si el heredero protesta no es su ánimo jestionar como heredero, se tendrá como á un *negotiorum gestor*.

6. *Adicion* es un acto lejítimo, por el que el heredero instituido declara su voluntad en cuanto á recibir la herencia. De esta deficicion se dedece. 1.° Que la adicion es la declaracion de la voluntad. 2.° Que es acto lejítimo. 3.° Que por ella se adquiere la herencia. De lo 1.° se sigue. 1.° Que los furiosos, mentecatos é infantes no les es lícito adir la herencia, pues no pueden manifestar su voluntad. No por esto se crea que instituidos se privan de la herencia, pues la áde por ellos el curador, tutor ó padre. 2.° Que los pupilos mayores de la infancia pueden adir la herencia, con tal que el tutor interponga su autoridad. La razon se dió en el §. 8. tít. 21. lib. 1.°, pues siendo un acto lejítimo; no podia esplicarse sin la autoridad del tutor. 3.° Los hijos de fa-

milia no pueden adir herencias sin consentimiento del padre. Por el derecho nuevo se estableció que si los padres disentian sin justa causa, el hijo adiera la herencia, i la poseyese como un peculio estraordinario.

7. Ademas, 4.º La adicion debe hacerse sin fuerza ni coaccion. Es declaracion de voluntad, que debe manifestarse libre i espontáneamente: de lo contrario no seria voluntad. 5º. Ha de adirse toda la herencia, no parte de ella: de otra suerte moriria el testador parte con testamento, i parte sin él, lo que era imposible. 6.º Adida la herencia, venian sus frutos por razon de dominio, no por la de posesion. No basta que declare el heredero quiere la herencia, sino tambien mostrar con algun acto personal la posesion que tiene en las cosas hereditarias.

8. De lo 2.º se sigue. 1.º Que la adicion de herencia no puede hacerse por procurador, ni bajo condicion, ni por dia ó á cierto dia como pacto lejítimo. De lo 3.º igualmente se sigue. 1.º La herencia no adida no pasa á los herederos; solo transmite á estos lo que tenia el difunto; antes de la adicion el heredero no tiene herencia, sino solo la esperanza, i esta únicamente en los contratos, no en las últimas voluntades, pasa á los herederos; luego &c. Se esceptuan los hijos suyos herederos, que sin necesidad de adir *ipso jure*, son herederos, por lo que transmiten la herencia á su heredero. 2.º Adida la herencia, el heredero sucede en todos los derechos i obligaciones del difunto, siendo responsable de las deudas de tal manera, que aunque escedan

del cúmulo hereditario, queda obligado aun en el ecseso. Si son muchos los herederos, cada uno paga las deudas por parte, conforme la en que hayan sido instituidos. Siendo esto duro, se inventaron ciertos beneficios, el de DELIBERACION i el de INVENTARIO. La adicion equivale á un cuasi-contrato, pues el heredero en aquella como que se obliga á los legatarios i fideicomisarios, por lo que estos tienen accion aun contra el heredero, para que se les entregue lo que se les dejó en el testamento.

9. El primer beneficio concedido á los herederos se llama de *deliberacion*, i el segundo de *inventario*. El 1.º es *un espacio de tiempo concedido al heredero por la lei, dentro del cual puede inquirir el tanto á que asciende la herencia, i las deudas que tiene en contra, é instruido la áde ó repudia.* Se estableció no solo á favor de los herederos, sino tambien de todos aquellos á quienes interesa adir ó repudiar la herencia. Por derecho antiguo no habia tiempo determinado para deliberar; solamente era escluido de la herencia por la prescripcion de larguísimo tiempo, en el caso que no hubiera necesidad de adir pronto la herencia. Si urjía, se le obligaba á deliberar, quedando el tiempo á su disposicion, que no ecsedia de cien dias. Justiniano concedió, impetrándose del Príncipe el beneficio, un año: si del juez, nueve meses, en cuyo tiempo debe el heredero averiguar de qué bienes se compone la herencia, pidiendo los instrumentos hereditarios para saber las deudas que el testador tenia á favor i en contra, con lo que puede decidirse.

10. Si llegaba el dia i no se decidia, en cuanto al sustituto i herederos lejítimos se entendia haber repudiado, sin librarse de pagar á los acreedores. Justiniano concedió ademas que si morian dentro del año; transmitiesen el derecho á sus herederos, compitiendo solo el derecho de deliberacion á los herederos voluntarios, no á los suyos herederos (1). Debia el instituido pedir este beneficio antes de adir ó mezclarse en la herencia. Casi sin uso está el espresado beneficio por ser mucho mas sencillo el siguiente.

11. Beneficio de inventario es *una descripcion que se hace por escrito de todos los bienes, caudal i efectos del testador, con espresion de las deudas que tiene en pro i en contra. Gordiano* lo concedió á los militares, i despues se estendió á las demas clases del estado. El heredero debia formar el inventario dentro de noventa dias, si estaban los bienes situados en el pueblo en que residia ó inmediatos á él: si distantes, tenia un año de término. Deben hallarse presentes los acreedores hereditarios i testamentarios; i en su defecto sus procuradores (2), el escribano i tres testigos. El heredero debia formarlo, ó el escribano, i firmar con los testigos. Concluido, tiene lugar el beneficio, que consiste en no poder reconvenirse al heredero en mas de lo que resulta

---

(1) *Es de presumir concediera el pretor á estos segundos el mismo beneficio.*

(2) *Acreedor* hereditario *es aquel á quien se le deja algo por el testamento:* testamentario, *el que tiene algun crédito contra el testador.*

en aquel, reservándose sus acciones para estraer de la herencia, como cualquiera otro acreedor, las deudas que tuviese contra el testador. El inventario hecho por el heredero fideicomisario cedia á favor del fiduciario; i si no lo hacia, este podia ejecutarlo.

22. No conviniendo á veces patentizar los bienes de que se compone la herencia, Justiniano concedió subsistiera el beneficio de deliberacion, pero impuso en pena del desprecio con que miraban el de inventario: 1.º Que se obligasen en el sólido. 2.º Que el heredero pagase todos los legados, aunque ecsedieran en valor al *as* hereditario. 3.º Que fuesen privados de la cuarta falcidia.

23. Por derecho de España no se conecen herederos *necesarios*, pues se venden á pública subasta i á nombre del difunto sus bienes, sin que por ella su memoria sea infamada. Los padres han de instituir á sus hijos, i los hijos á sus padres. No habiendo ascendientes ó descendientes, se puede mui bien repartir todo el caudal en legados.

24. Corresponde fielmente á nuestras leyes lo que queda espuesto en el §. 4. Si el heredero usa de los bienes por piedad, ó porque no se menoscaben; por el tal uso no se dirá quiso mostrarse heredero. Igualmente tenemos los dos beneficios de *deliberacion* é *inventario*, en los mismos términos que dejamos esplicados (1).

---

(1) *Sala tomo* 1. *tit.* 5. *lib.* 2. *nn.* 16. *al* 20.

15. Tanto por derecho de España como por el romano, se puede repudiar la herencia ó con *palabras* ó con *hechos*. Con palabras, si el instituido dijese no queria la herencia: con hechos, si pasa el tiempo de la deliberacion, i ni áde la herencia, ni se porta como heredero. El que una vez áde no puede despues repudiar la herencia, á no ser menor; ni el que repudia puede querer despues la herencia, pues hecha la renuncia, vienen al instante los herederos *ab intestato*.

TITULO XX.

De los legados.

§. 1.º i 2.º Qué sea legado.
§. 3.º Especies de legados.
§. 4.º i 5.º Diferencia entre el legado i el fideicomiso.
§. 6.º 7.º i 8.º Personas que pueden legar; i á quienes es permitido dejar legados.
§. 9.º No puede legarse á sí mismo.
§. 10.º al 12.º Cosas que pueden legarse.
§. 13.º al 15.º Se esplican varias dudas que ocurren.
§. 16.º i 17.º Se habla del legado de *nombre*, de *liberacion*, i de *débito*.
§. 18.º Qué sea legado de dote.
§. 19.º Legado de *jenero*, de *especie*, i de *cantidad*.
§. 20.º al 22.º Reglas que deben observarse.

1. INVIERTE Justiniano el órden que desde un principio se propuso, pues estando hablando de los modos *universales* de adquirir el dominio, el método ecsijía se pasára á los *particulares*. Intercala la doctrina de los *legados*, que es modo singular de adquirir; empero nosotros debemos seguir el método que estableció en la INSTITUTA.

Modestino define al legado diciendo *es una donacion dejada por testamento*. Justiniano dice *es cierta donacion dejada por el testador, i prestada por el heredero*. En honor de la verdad ninguna de las dos está esacta, pues *la donacion* es un pacto que no subsiste sin el consentimiento de

dos ó mas personas; mas el legado es liberalidad por parte de uno solo, pudiéndose dejar ignorándolo el legatario. Es falso que el legado se preste siempre por el heredero, pues es lícito al testador hacer la institucion de forma que se preste por el mismo legatario.

2. Siendo inexactas una i otra definicion parece mas correcta la de nuestro autor que dice: *es una parte de la herencia que con palabras directas manda el testador se dé á cierta persona.* Por esta definicion se ve la diferencia que hai entre el legado i el fideicomiso. Este se dejaba con forma suplicatoria; aquel con palabras imperativas. Antiguamente se diferenciaban los legados de los fideicomisos, de tal manera que estos podian dejarse en codicilo no confirmado por el testamento; aquellos solo en testamento confirmados. Era permitido dejar los fideicomisos en idioma griego; los legados solo en latin. Por último, los legados habian de interpretarse estrictamente; los fideicomisos eran benignos. Tanta fué en otro tiempo la diferencia que hubo entre unos i otros, hasta que Justiniano los igualó.

5. Los legados eran de varias maneras: unos se dejaban por *vindicacion*, con las palabras *dó, lego, sumito, capito, habeto*, legándose así las cosas que estaban en dominio del testador, cuyo efecto era que el legatorio, muerto el testador, se hacia señor de la cosa legada, pudiendo vindicarla como suya propia. Otros se legaban *per damnationem*, con las palabras *heres meus damnas esto, dare, dato, facito, eum dare jubeo.* De este modo legaban las cosas propias i ajenas,

i el legatario, en este caso, no se hacia señor al instante, sino pedia el legado con la accion personal de testamento. Otros se legaban *sinendi modo*, con la fórmula *heres meus sinito, legatarium sumere*, legándose así las cosas del testador i las propias del heredero, cuyo efecto era que el legátario con la accion personal podia obligar al heredero le diese lo que le habian dejado.

Ademas de estos legados se dejaban por *præcipiendi modo*, con las palabras *heres meus præcipito, præcipuam hanc rem habeto*. Solia llamarse prelegado, i no podia dejarse sino á uno de los herederos. Sus efectos eran que antes que los herederos dividiesen entre sí la herencia, el coheredero prelegado sacaba primero su legado de la masa comun. Estas cuatro diferencias son poco interesantes, i no hacen mencion de ellas las Pandectas, pues Justiniano abolió todos estos nombres.

4. En efecto, advirtiendo hacian dificil el derecho semejantes diferencias mudó algo de lo establecido. Mandó, en primer lugar, no la hubiera entre el legado i fideicomiso, sino solo en la fórmula. 2.º Estableció que ni entre los legados hubiera diferencia, sino que surtiesen todos un mismo efecto. Con esto desapareció la diferencia conocida hasta entonces entre el legado i el fideicomiso.

5. De lo dicho se sigue: 1.º Que todo legado i fideicomiso, con cualquier fórmula dejado, sus efectos son los mismos. 2.º Todos los legados i fideicomisos están nivelados de tal suerte, que lo que á uno falta, puede suplirse con la naturale-

za del otro. 3.° El legado de especie pasa su dominio al legatario aun sin tradicion, desde el momento que muere el testador. En la herencia es otra cosa, pues no pasa su dominio al heredero, sino despues de adida. La razon de diferencia no es mui dudosa. La herencia como peligrosa algunas veces, se consultó el bien del heredero, dándole tiempo para deliberar; mas el legatario, como no tiene deudas testamentarias que pagar, siéndole útil la memoria del testador, al momento se hace señor del legado. 4.° Los legados sin solemnidad, i aun en codicilos, pueden dejarse; en lo que tambien se diferencian de la herencia, que no era permitido dejar sino observándose todas las solemnidades prescriptas por el derecho. Aun cuando en todo legado se ecsije la presencia de 5 testigos, no es para solemnidad, sino para prueba. No habia necesidad fuesen rogados los testigos, pudiendo serlo las mujeres aunque no servían en los testamentos.

6. Puede legar todo el que tiene facultad de instituir heredero, ó hacer testamento, por cuya razon debe tenerse por reproducido lo que dijímos en el título 12., esto és, que ni el impúbero, ni el hijo de familia, pueden testar, i de consiguiente ni legar. Por el contrario estando autorizado el hijo de familia para testar de sus peculios castrense, ó cuasi castrense, puede legar como quiera.

7. Se puede dejar fideicomiso ó legado á todos los que pueden instituirse por herederos, de los que se habló en el *tít. 14. i siguientes*. En efecto, vimos que las corporaciones ilícitas no po-

dian instituirse, luego ni dejarles legados: esceptúase el legado de *alimentos,* que es tan favorable que aun á las personas incapaces se puede dejar. Las personas inciertas, pobres, ciudades, colejios, i póstumo ajeno por derecho novísimo pueden instituirse, i de consiguiente dejarles legado; empero será inutil el hecho al esclavo del heredero, pues siendo para su señor todo lo que adquiera, si se le obligara pagar el legado á su esclavo, es lo mismo que si se le obligara á que á si mismo se pagára el legado, lo que es un absurdo.

8. Se pregunta *¿á quien puede obligar el testador preste el legado?* Antiguamente solo podia imponerse esta obligacion á los herederos; mas los fideicomisos á todos los que tomaban alguna cosa del testamento. Despues de igualados los legados i fideicomisos se observó la regla, que todo el que recibia alguna cosa del testamento, se le podia imponer el gravamen de pagar èl legado ó fideicomiso, á no ser que ecsediera del valor de aquello que se legaba. Es permitido pues gravar con legado al heredero, legatario, i aun al legatario del legatario: al fideicomisario, i al *donatario mortis causa.* Así p. e. el testador puede decir: lego á Seyo el fundo A.; á Cayo 3000 ps. que le pagará Seyo. Mas si el valor del fundo era el de 2000, i se manda dar á Cayo 3000 ps. sería absurdo el legado, por gravársele á Seyo en mas de lo que se le legaba.

9. A ninguno debe legarse su misma cosa. ¿Qué liberalidad habrá en que se me dé una cosa que es mia? Sinembargo cuando el testador me lega mi propia casa bajo la condicion si deja de

ser mia, es válido el legado, porque el heredero, caso que deje de pertenecerme, está obligado á comprarla i dármela en seguída, ó á prestarme su estimacion.

10. Pueden legarse todas las cosas que estan en la naturaleza ó que pueden ecsistir: v. g., la vendimia del año que viene. Igualmente las cosas corporales é incorporales, como tambien el derecho de cazar, la servidumbre, usufructo &c. Solo se requiere esté en comercio la cosa legada, pues de otro modo ni se dispone de ella, ni puede recibirse. Seria disonante el legado del mar, de un puerto ó cosa semejante, mediante á que estas cosas estan ecsentas del comercio del hombre.

11. Cuando se lega el fruto venidero que ha de rendir cierto fundo, i este nada produce, hai que distinguir; pues ó el fruto se junta á la demostracion de la causa, ó á tasacion de causa. En el caso primero se entiende válido el legado, si se hace mencion del fundo, no en la misma, sino en separada proporcion: v. g., á Ticio lego cien cántaras de vino que pueden recojere de la viña A. En el segundo, si se hace mencion en la misma proporcion: v. g., doi i lego á Ticio cien arrobas de vino de la viña A. En el caso primero, aunque nada produzca la viña, se han de prestar las cien cántaras de vino; en el segundo, no cojiéndose nada, no se presta el legado.

12. Respecto al legado que puede hacerse de cosa ajena, hai que advertir no es el espíritu de la lei que contra la voluntad del dueño de la cosa legada se le ha de dar al legatario, sino solo

impone al heredero la necesidad ó de comprar al dueño lo legado, entregándole en seguida al legatario, ó dar su estimacion si aquel no quiere vender la cosa legada. Si el testador sabía no era suyo lo que legaba, no sera de utilidad el legado. Cuando el legatario ha recibido ya la cosa legada, es necesario distinguir si la ha adquirido por título oneroso ó por título lucrativo. En el primer caso el heredero presta nada mas que su estimacion; en el segundo será inútil el legado, *pues dos causas lucrativas no pueden caber en la misma cosa i persona.*

13. De lo dicho se deduce: 1.° Que si antes de la muerte del testador he comprado la casa que me tenia legada, sin yo saberlo, se me ha de prestar su estimacion, porque la compra es título oneroso. 2.° Que si la casa por dos testamentos se me ha legado, i ya del uno la he recibido, no puedo pedir su estimacion por el otro, por estar ya en mi poder por título lucrativo. Al contrario, si por el primero solo he recibido su estimacion, por el segundo puedo pedirla, pues del todo no la tengo ni la poseo por título oneroso ni lucrativo, 3.° Que si se me lega la casa A, i he adquirido de ella una parte por título lucrativo, se me debe dar la estimacion de lo restante. 4.° Que si se me lega la cosa ajena, i he adquirido su propiedad sin el usufructo por título oneroso, en este caso recibo solo la propiedad.

14. La cosa empeñada ó dada en prenda puede legarse: p. e., el testador tiene una alhaja dada en prenda, puede legarla á Juan. No obstante hai que distinguir; pues si el heredero pac-

de justificar que el testador ignoraba estuviese dada en prenda, el legado será de ningun valor, porque la presuncion está en que el testador no legaría la cosa sabiendo estaba empeñada. En el caso de legada la cosa empeñada, deberá el heredero rescatarla i entregarla al legatario, á no ser que el testador dijese la desempeñara el legatario.

15. Si el testador lega v. g. su casa, i antes de morir la enajena, es menester igualmente distinguir; pues si aquella fué *voluntaria* no surte efecto, por entenderse la enajenó con el fin de que no prosperase el legado: si *necesaria*, que es cuando se desprende por alguna urjente necesidad como para pagar deudas, es válido el legado, i surte el mismo efecto que el de cosa ajena §. 22.

16. Hai ademas de lo dicho, legado de *nombre* de *liberacion*, i de *débito*. Legado de nombre es, *cuando el testador lega p. e. á Ticio, lo que le debe Cayo*. De liberacion *cuando se le deja al legatario, lo que el mismo testador le debe*. Con respecto al legado de nombre su efecto es que el heredero está obligado á ceder la accion á favor del legatario, i si este no cobra por insolvencia del deudor, el heredero cumple con cederle el documento que acredita la deuda. El de liberacion consiste en que el heredero está obligado a devolver el vale, prenda ó cualquiera otra seguridad que tenga prestada el legatario, con lo que queda este sin la obligacion de pagar, que es el beneficio que se le hace.

17. Si el testador viviendo ecsijió el crédito por estar en necesidad, vale el legado de nom-

bre; i el de liberacion, si lo hizo sin necesidad no vale. Se duda si el legado de débito es útil, pues el heredero sin necesidad del legado está en la obligacion de satisfacer todas las deudas del testador. En muchos casos puede ser este legado de bastante utilidad, pues si el testador le debia *bajo condicion*, *ó desde cierto dia*, legando la deuda puede ecsijirla el acreedor desde el momento que fallece el testador, que no es pequeña ventaja. Si la deuda consiste en un vale, es tambien útil, pues adquiere por el legado una tácita hipoteca en los bienes del testador. Si el crédito estaba iliquido ó era dudoso, por él legado no tiene necesidad de justificarlo.

18. El *prelegado de dote* no debe confundirse con el *legado de dote*. Este no es otra cosa que el legado dejado por el marido á su mujer de la dote que trajera. El prelegado de dote es, cuando alguno lega á la que estaba para casarse lo que el esposo futuro daria en dote. El 1.º es útil, pues consistiendo la dote en dinero contante, se ha de restituir pasado el año. El prelegado al momento puede pedirse, i ecsijir el correspondiente premio, no pagándose incontinenti. Cuando el esposo señala cierta suma, aunque el heredero justifique no trajo la esposa cantidad alguna, sinembargo debe entregársele. Si el testador no espresa la cantidad, solo recibirá la mujer lo que pruebe entregó al marido.

19. Debe ponerse gran cuidado en distinguir el legado de *jénero*, el de *especie* i el de *cantidad*. Llaman *jénero* los jurisconsultos lo que los filósofos *especie*; v. g., un caballo, un libro. Por *espe-*

cie entienden lo que los filósofos nombran *individuo*; v. g., el caballo A. Por *cantidad*, el jénero definido; v. g., 10 toros, 100 ovejas.

20. Respecto al legado de *especie* se ha de observar lo siguiente. 1.º Que nunca perece para el heredero, sino para el legatario; v. g., legado el toro B, pereciendo despues del testador, el daño es para el legatario, pues legada la especie, al momento que muere el testador, pasa su dominio al legatario, i la cosa perece para su dueño. Ademas el heredero solo es deudor de la especie, i se libra de la obligacion pereciendo. Esceptúanse dos casos. 1.º Cuando el heredero está constituido en mora, que perecerá la cosa para él. 2.º Si perece por su culpa, pues como deudor presta hasta la culpa levísima.

21. Legadas dos especies copulativamente, se ha de atender si ambas son principales, ó si una es principal, i otra accesoria. En el caso 1.º pereciendo una, se debe aun la otra: en el 2.º faltando la principal, no se debe la accesoria, v. g. legado el buei A i el caballo B, aunque perezca el buei, se debe el caballo. Pero si legan el caballo B con silla i freno, muerto el caballo no se deben sus arreos, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal. 3.º Legada la universidad, como una manada de ovejas, el aumento ó disminucion es para el legatario.

22. Por lo que respecta al legado de *jénero* se observa: 1.º que es útil si el jénero es ínfimo i tiene cierta determinacion por naturaleza: p.e. el caballo es jénero ínfimo, mas el animal ó cosa son jéneros sumos: por tanto será absurdo i ridí-

culo el legado de un animal ó cosa, pues se libertaria el heredero entregando un raton ó cosa semejante. 2.º En este legado la eleccion es del legatario, sin poder elejir lo mejor: v. g. legado uno de los caballos del testador, el legatario no debe escojer el mejor, sino uno de la clase media.

23. Legado de *opcion* ó *eleccion* es cuando el testador con palabras terminantes manda al legatario escoja de cosas de un mismo jénero la que mejor le parezca. En este legado se ha de observar lo siguiente: 1.º Puede el legatario elejir lo mejor, lo que estaba prohibido en el de *jénero*. 2.º Escojiendo una vez, no puede arrepentirse, sino imputarse á sí mismo si no supo elejir. 3.º Antiguamente espiraba este legado, si el legatario moria antes de elejir, pues sus herederos no podian hacerlo; mas Justiniano concedió á los herederos del legatario elijiesen, pasando el legado de opcion al dominio del legatario desde la muerte del testador.

24. 4.º *Tanto el legado de jénero como el de cantidad es mui útil, pues ni el jenero, ni la cantidad perece*: v. g. si se me lega un caballo ó 50 doblones, aunque roben los 50 doblones ó se muera el caballo que tenia pensado dar el heredero no podrá escusarse de pagar el legado, porque siempre ecsisten el jénero i la cantidad, i no perecen jamas.

25. Pueden legarse *hechos*, pues por una parte pueden ser de bastante utilidad, i por otra al testador es lícito gravar al heredero del modo que quiera, como no sea el hecho torpe, ni ridículo, ni ilusorio: v. g., á mi heredero le in-[illegible]n-

go la obligacion de que el dia en que Ticio celebra su nacimiento salte desnudo en la plaza.

26. Sigue una doctrina demasiado sutil i dificil, cual es el *derecho de acrecer*. Procuraremos reducirla á pocas reglas. Se entiende por derecho de acrecer *la accion que tiene un colegatario para suceder en la porcion de su colegatario, muriendo antes de adir la herencia*. Tiene lugar en los legados i herencias, mas por razones mui diversas. En la herencia el derecho de acrecer es necesario, pues ninguno puede morir parte testado, parte sin testamento; mas en los legados el derecho de acrecer solo toma su oríjen de la presunta voluntad del testador. Cuando deja conjuntos en un legado á Ticio i á Mevio, p. e., sin duda quiso acreciera al uno la porcion del otro, faltando cualquiera de los dos. De lo que se sigue: 1.° que el heredero acrece aun contra su voluntad: el legatario no siempre, sino por lo jeneral queriendo. 2.° El heredero siempre acrece con el gravámen, el legatario algunás veces sin él. 3.° Que en la herencia el testador no puede prohibir el derecho de acrecer; en los legados sí.

27. Los requisitos para acrecer son dos. 1.° Que falte el colegatario antes de la muerte del testador, pues en otro caso pasará el legado á sus herederos. 2.° Que sean conjuntos, esto es, que sean llamados juntamente á una misma cosa: v.g. lego el cortijo A á César i á Cayo. Mas si dice el testador, lego á César el molino B, i la tierra que le está prócsima, á Cayo; como no son conjuntos, faltando uno, á otro nada acrece, sino

permanece el legado en los herederos.

28. Se divide la conjuncion en *re tantum*; *verbis tantum*, i *mixtim*. Se llaman conjuntos *re tantum* cuando muchos son llamados á una misma cosa, mas en diversas proposiciones ó cláusulas: v. g. á Ticio legó el fundo Corneliano: á Mevio legó el fundo Corneliano. Ticio i Mevio son colegatarios *re tantum* (1). Se decian tambien separados por concurrir sus nombres en diversas cláusulas. *Verbis tantum*, cuando eran llamados á una misma cosa en una sola proposicion: v. g. á Ticio i á Mevio les lego el fundo Tusculano en partes iguales. Si les señalaba partes, no eran conjuntos, sino intelectuales; p. e. á Ticio i á Mevio lego el fundo Corneliano: al 1.º toda la parte que está al lado acá del rio: al 2.º todo lo que á la otra parte. (2) *Mixtum* se decian cuando se legaba una misma cosa en una sola cláusula en partes no divididas: v. g. á Seyo i Cayo legó el fundo Itálico (3).

29. Con estos antecedentes se comprenden sin dificultad las reglas de acrecer. I. Si los legatarios son conjustos *verbis tantum* ó *mixtim*, faltando uno acrece su porcion al compañero. II.

---

(1) *Los figuraban de este modo.* ⊂⊃

(2) *Cuando eran conjuntos* verbis tantum *lo demostraban con la misma figura que los anteriores, poniendo ademas en medio una línea orizontal.*

(3) *Los describian poniendo entre los dos* ⊃ ⊂ *una aspa.*

Si falta el compañero en *re tamtum*, su porcion acrece á todos, de modo que los conjuntos *verbis* i *mixtim* se tienen por una sola persona: p. e. Al 1.° le legó el fundo Tusculano: al 2.° le legó el mismo: al 3.° i 4.° le legó el propio: al 5.° i 6.° el dicho fundo

1 2 3 4 5 6

Finjamos falta el 2.°; su porcion acrecia á todos, mas en esta forma: el 1.° tomaba la tercera parte: el 3.° i 4.° otra tercera parte: el 5.° i 6.° lo restante. Los porteriores se tenian por una sola persona. III. Los *mixtim* i *verbis tantum* acrecian queriendo, mas con el gravamen que tuviera el legado. Los conjuntos *re tantum* acrecian aunque no quisieran, i sin gravamen.

30. Falta hablemos de los modos de legar, pues los legados se dejaban *puramente*; *in diem vel ex die*, que no podia hacerse en las herencias; *bajo condicion*; con *demostracion*; con *causa*, i con *modo*. Trataremos de cada uno por parte.

31. Se lega *puramente* cuando no se suspende el legado por alguna circunstancia ó evento. En este legado se observa la siguiente regla: desde el momento que fallece el testador cede i viene el dia (1) Constituido el heredero en mora, pueden reclamarse las usuras. Hai una escepcion, to-

---

(1) *Ceder el dia se dice cuando se debe alguna cosa mas no debe ecsijirse. Por el contrario* venir el dia *es, cuando ya puede ecsijirse el débito. El sentido de esta regla es, que el legado dejado puramente se debe i puede ecsijir desde el momento en que fallece el testador.*

do legado que no pasa á los herederos, no cede sino despues de adida la herencia, como sucede con el de usufructo, uso &c.

32. El de *cierto dia* ó *hasta cierto dia* es cuando se añade al término señalado algun periodo: v. g. lego á Pedro mi casa 10 años despues que yo muera, ó lego á Juan mi gabinete de historia natural por 10 años. En el caso 1.° como dia cierto, cede el legado, mas no puede pedirse sino despues de los 10 años; en el 2.° al momento cede i viene el dia: cuando este es incierto, dudándose si ha de ecsistir, se tiene por condicion.

33. *Legado condicional* es, cuando pende de algun acontecimiento su efecto. Tenemos esplicado lo correspondiente á las condiciones *en el tit.* 17 §. 16. Solamente añadimos que en el legado condicional ni cede ni viene el dia antes de ecsistir la condicion. Asi, pues, muerto el legatario antes de verificarse la condicion, no pasa á sus herederos, sino espira el legado con la persona.

34. Bajo *demostracion* se dice, cuando el testador añade descripcion á la persona ó cosa legada; v. g. á Ticio que ha administrado mis bienes lego 100. La falsa demostracion no vicia de modo alguno el contrato, como conste la persona á quien se lega, ó la cosa legada. De consiguiente, aunque no sea cierto que Ticio administró los bienes del testador, el legado es útil, i surtirá su efecto no dudándose de la persona de Ticio, ni en la cosa legada.

35. Sigue el dejado por *causa*. Es necesario

sea esta impulsiva, i espresada por el testador: v. g. á Ticio que ha defendido mis pleitos lego 100. La causa falsa no vicia al legado, porque siendo el testador como lejislador, i las leyes obligan aunque el sumo imperante alegue falsa causa, así se observa igualmente en los legados. Si el heredero justifica no se hubiera hecho el legado á saber el testador con certeza que el legatario no tenia la causa espresada, en este caso es de ningun valor el legado.

56. Se dice dejado por *modo*, cuando se espresa cierto fin para el que se lega: v. g. á Ticio lego 100 para que se gradue de doctor. En este legado el dia al momento cede i viene, como preste el legatario la caucion de cumplir el precepto del testador, ó de disolver el legado no cumpliéndola.

57. Aunque el testador tiene una libertad absoluta testando, con todo le está prohibido dejar *legados captarios*. i *con cierta pena*. Llaman *captarios* cuando se dejaba el legado bajo la condicion de que se le habia de dejar otro: v. g. lego á Ticio 100, como me legue otros 100. No obstante que esto nada tenia de torpe, sinembargo lo juzgaron sin mérito por lo que se prohibió. Tampoco valia el dejado *con cierta pena*; v. g. lego 100 á Ticio como no case su hija con Seyo. Justiniano quiso valiera siempre que no se gravara al heredero con cosa torpe: p. e. como mi heredero dé de palos á Mavio, no pague el legado que dejo al mismo Mevio. (1)

---

(1) *Justiniano no entendio lo que era legado*

38. Falta esponer las acciones que competen á los legatarios para conseguir el legado. Tenian tres. La *primera* procedia del cuasi-contrato; era personal, i llamaban *accion de testamento*, pues el heredero al adir la herencia cuasi-contrata con los legatarios. De consiguiente tenian accion contra los herederos para que le entregaran el legado con las ganancias ó aumento que pudo tener desde la muerte del testador. *Segunda*. La accion *rei vindicatoria* real: cediendo el dia desde la muerte del testador, el dominio de la cosa legada pasaba al momento al legatario; i como señor vindicaba la cosa legada de cualquier poseedor. *Tercera* la accion *hipotecaria* ó cuasi-serviana, porque la lei le concede tácita hipoteca en todos los bienes hereditarios. Aunque estas tres acciones se daban al legatario, no tenia lugar la *rei vindicacion*, sino cuando se legaba la especie: el jénero i la cantidad como cosas incorporales no podian vindicarse.

39. Casi todo lo espuesto está conforme con nuestaas leyes, pudiendo el testador legar las cosas suyas, las ajenas i las de su heredero; las ecsistentes i las futuras; con *condicion*, por *causa*, por *modo*, *in diem vel ex die*, en los mismos términos que quedan esplicados. Si viviendo el testador tuviese la cosa algun aumento por haberse

---

dejado con pena. Los antiguos tenian por tal cuando se le obligaba al heredero hiciera alguna accion torpe, no cuando dejaban gravada la herencia ó legado con alguna tontería.

edificado, p. e., una casa en el terreno que se legaba, será del legatario la cosa con su aumento. El legatario puede ó no admitir el legado, mas no le es dado admitirlo en una parte i desecharlo en la otra. Cuando la cosa legada es cierta ó determinada, puede pedirse donde mora el heredero, donde ecsistiere la mayor parte de los bienes del testador, ó en cualquier otro en que se hallare la cosa legada. Si el legado fuere en jeneral, ó se legare cierta cantidad, ó cosa que puede contarse, medirse ó pesarse podrá el legatario pedir el legado en el lugar en que mora el heredero, ó donde estubiere la mayor parte de los bienes del difunto, ó en cualquiera otro en que el heredero empezáre á pagar los legados. Si el testador señaló lugar i tiempo así debe cumplirse. (1)

TITULO XXI.

De que manera se quitan i transfieren los legados.

§. 1.°, 2.° i 3.° De qué manera se pierden los legados.
§. 4.° i 5.° Como se transfieren.
§. 6.° Varios modos por los que *espiran* los legados.
§. 7.° i 8.° Cuando se tiene por *no escrito*

(1) *Sala tom.* 1. *tit.* 6. *lib.* 2. *n.* 15. *al* 24.

ó *se quitan* al legatario.

§. 9.° Derecho de España.

1. Justiniano en este título pasa á tratar de los modos porque se infirman los legados. Siendo la voluntad del hombre variable hasta la muerte, no cabe duda que el testador puede quitar i transferir el legado.

2. Se pierde el legado siempre que el testador no lega lo que antes legaba: puede hacerlo ó *ipso jure* ó por *ope exceptionis*. *Ipso jure* se pierde ó por *palabras*, ó por *hechos*. Por *palabras*, cuando el testador en ulterior testamento ó en codicilo declara que lo que antes legaba á Cayo, p. e., ya no se lo lega. Basta se haga la declaracion *viva voce*, presentes dos testigos. Por *hechos* se perdia. 1.° Si el testador borraba la clausula del legado, ó tachaba el nombre del legatario. 2.° Si destruia la cosa legada, ó la cedia en otra forma. 3.° Si el testador sin necesidad enajenó la cosa que legaba, pues en este caso se presume mudó de voluntad §. 13 *tít.* 20.

3. Se quitan por *ope exceptionis*, cuando el legatario se hizo enemigo capital del testador, i jamas se reconciliaron, pues no se presume quizo legar á su enemigo. Por esta razon se ha formado la siguiente regla. *Siempre que pueda presumirse fué en ánimo del testador mudar su voluntad, tiene lugar el ope exceptionis.* Al legatario jeneral opone escepcion el heredero.

4. Los legados se *transfieren*. 1.° *Cuando acontece alguna mudanza* en el legado; v. g. legaba

primero sus casas, i despues lo que lega es su biblioteca. 2.º Cuando se muda la persona del legatario; p. e. deja á Cayo lo que legaba á Seyo. 3.º Si se muda la persona del que legaba; v. g. si al que legaba en el posterior testamento deja por heredero. 4.º Si se muda la naturaleza del legado, ó el modo de legar: v. g. legaba puramente i añadió condicion. Acerca del primer modo se observa debe repetirse el nombre propio del legatario. De otra suerte no es traslacion, sino mas bien conjuncion de uno i otro legatario. De aqui si el testador dijese, el fundo que lego á Mevio se le lego á Cayo, será traslacion de legado: mas si dijera lego á Ticio mi casa, i en otra clausula escribiese lego á Mevio mi casa, serán conjuntos pues no está repetido el nombre de Ticio.

5. Para perder el legado se ecsije prueba: cuando era por *ope exceptionis* bastaba una sola presuncion. En la traslacion es de diversa manera, pues el que transfiere el legado, no solo se lo quitó al primero, sino que se lo deja á otro. El legado no puede dejarse á no estar presentes cinco testigos, §. 2. tít. 20. Muchas veces acontece que trasladado, ni lo toma el primero ni el segundo: v. g., si ante tres testigos dijera que el fundo que dejaba á Ticio legaba á Mevio, ni el uno ni el otro lo toma. No Ticio, porque este lo ha perdido, pues asi ha manifestado su voluntad el testador ante tres testigos: no Mevio, porque no estuvieron presentes cinco testigos indispensables para transferir el legado.

6. *Espiran* los legados: 1.º por causa que sobrevenga. 2.º Porque la lei tenga por no es-

crito el legado: 3.º Porque se le quite como á indigno. Respecto al primer modo se estinguen los legados por estas cinco causas. *Primera*. Si el legatario muere antes del testador. El dia del legado cede desde la muerte de aquel; luego vivo aun nada ha adquirido el legatario; no teniendo nada, no podia transferir el legado á sus herederos. Asi pues no tomará el legado á no ser conjunto con algun otro legatario, al que crece la porcion del que falta. *Segunda*. Espira el de cosa ajena, sí ya el legatario, vivo el testador, la ha adquirido por título lucrativo, *porque dos causas lucrativas en una misma persona i en una misma cosa, no tiene lugar*. *Tercera*. Si legada la cosa pereciere; se entiende del legado de especie, no del de jénero ó cantidad por lo dicho en el §. últ. tít. 20. *Cuarta*. Si se infirma el testamento, lo que sucedia declarándose por nulo, ó injusto, ó írrito, ó destituido, ó rompiéndose, ó recindiéndose §. 1. tít. 17. Esceptúase cuando se rescinde por instituirse la *querella del test. inof.*, pues se salvan todos los capítulos, fuera del de la institucion de heredero §. 5. tít 18. *Quinta*. Si falta la condicion, pues se suspende la entrega del legado hasta que se verifique el acontecimiento, no cediendo el dia, ni viniendo antes de cumplirse la condicion §. 33. tít. 20.

7. Otras veces se tiene por no *escrito* el legado, lo que sucedia: 1.º Si la cosa legada no podia tener écsito, como si el testador se ha espresado de un modo inintelijible. 2.º Si el legado es torpe: v. g. lego 100 á Ticio para que se los de á la mujer con quien adultere. 4.º Si el que por

mandato del testador escribiendo las tablas testamentarias, se apunta por heredero; pues se presume haber cometido falsedad, i abusado de la buena fé.

8. Tambien *se quita* el legado cuando el agraciado se hace indigno de la bondad del testador, lo que puede suceder cuando comete alguna ofensa contra su persona, estimacion ó intereses del testador, ó contra alguna otra de las que le estan intimamente unida; v. g. si mata al testador ó á su hijo, viola á su mujer &c.

9. Por nuestro derecho patrio se conocen los mismos modos de estinguirse i trasladarse los legados, de consiguiente todo está en practica i debe tenerse mui presente por el uso que cada dia tienes (1).

TITULO XXII.

De la lei Falcidia.

§. 1.° Preliminar.
§. 2.° Orijen de la lei *Furia.*
§. 3.° Establécese la *Voconia.*
§. 4.° Objeto de la *Falcidia.*
§. 5.° Que se observe al deducirse.
§. 6.° Los fideicomisarios estan obligados á adir la herencia.
§. 7.° Bienes que se imputan en la Falcidia.

---

(1) *Sala tomo* 1. *tit.* 6 *lib.* 2. *n.* 21. *al* 24.

§. 8.º Cuando no tiene lugar.
§. 9.º Derecho de España.

1. Habiéndose esplicado los modos con que se desvanecen los legados, perdiéndose parte de ellos por la lei FALCIDIA procedemos á demostrar el como se disminuyer los legados.

2. Por la lei de las *doce tablas* se concedia á los testadores la facultad de disponer como quisiesen de sus bienes. Sucedia que por lo regular dejaban mas deuda que caudal, de manera que el heredero lejos de percibir alguna cosa, tenia de su propio bolsillo que sacar grandes sumas. Aun cuando adeudaran poco, dejaban gravada la herencia con fuertes legados, de manera que raros la querian: i conviniendo á la república no quedasen destituidos los testamentos, se fueron promulgando varias leyes que limitaron aquella facultad. La primera fue la *Furia* establecida por C. Furio: mandaba no se legara mas de mil ases, condenando al legatario que recibia mas, pagara el cuádruplo del legado. Los testadores eludieron la lei dejando varios legados que no pasando de los mil ases absolvian no obstante toda la herencia.

3. Viéndose que la Furia no surtia los efectos que eran de esperar, se estableció la VOCONIA por el tribuno Q. Voconio año de la f. de R. 684, derogando la Furia. Constaba de dos capítulos. El 1.º ponia límites á las herencias de las mujeres. El 2.º prohibia dejar mas al legatario que al heredero. Pero del mismo modo que evadie-

ron la Furia, dejaron sin efecto la Voconia, pues repartiendo muchos pequeños legados, cada uno menor que la herencia, todas estas porciones reunidas ecsedian en bastante á la parte que tomaba el heredero. Para evitar estos inconvenientes, en el año 745 de la f. de R. imperando Augusto, fué establecida por el tribuno *P. Falcidio* la lei que tomára su nombre. Mandaba no pudiera legarse mas del drodante, quedando el cuadrante á favor del heredero, con facultad de prorratear si ecsedian los legados, á efecto de que les quedára líquida la cuarta parte.

4. La cuarta Falcidia ha sido establecida para que el cuadrante de los bienes permanezca en el heredero. Si solo es uno el instituido, retiene la cuarta parte de todos los bienes, pagadas las deudas. Lo mismo sucede cuando son muchos los herederos. Si dos son instituidos cada uno en la mitad, i todos los legados gravitan en uno, tendrá este que pagar solo los legados, quedando la cuarta parte en los herederos, sean uno ó muchos. Pero el gravado podrá retener la cuarta parte de lo en que ha sido instituido, porque en el presente caso la lei lo que se propone es consultar al que presta los legados. Si falta un heredero, hai que distinguir si la parte que acrece es la libre ó la gravada: si lo segundo, se pagan los legados de la que acrece. Si muere el coheredero antes del testador, instituido puramente en su parte i bajo condicion en la del deficiente, tiene que pagar todos los legados sacando el cuadrante de todo el as.

5. En la deduccion se atiende al tiempo de la

muerte: todo el aumento ó disminucion que reciba la herencia posteriormente es del heredero: todo lo que antes de adirse la herencia acrece á ella, aprovecha á los legatarios, á escepcion de lo que sea por razon de un hecho precedente: v. g., si el deudor, que no puede pagar al testador, satisface al heredero; i si el que tenia, p. e., contra el padre accion de peculio por contrato del hijo, instituye heredero al padre, entra el peculio en la cuarta, no en atencion al que habia cuando murió el testador, sino al de la adicion. En una palabra, lo que acrece á la herencia cede al heredero, i si el aumento es por un hecho del testador, corresponde á los legatarios. Lo mismo sucede en las pérdidas que sufren los bienes hereditarios; pues aunque el as no alcance mas que para prestar los legados, todos se deben. Si el legado es de cosa determinada, pereciendo sin culpa del heredero, no lo debe.

6. A los herederos fiduciarios obligaba el senado-consulto Pegasiano adir la herencia, mas no podian los comisarios singulares, ni los legatarios obligar á los colegatarios á que la adiesen. La diferencia está en que en el caso primero todas las cargas por el espresado senado-consulto pasaban al fideicomisario: en el segundo quedaban en el heredero.

7. Para saber qué *bienes* se computan en la Falcidia, es necesario ver los que se numeran en el patrimonio. Bienes son todos los que uno tiene como señor, deducidas las deudas; por lo que no se cuentan las impensas del funeral, ni el valor de los siervos manumitidos, ni las que el tes-

tador tenia en su patrimonio, que cesan con su muerte, como el usufructo, condecoraciones &c. Para deducir la cuarta de que hablamos, se estraen primeramente las deudas hereditarias, en las que entran las contraidas á favor del heredero. Si el testador rompe el documento que probaba la deuda contra el heredero, se entiende se la perdonó, i hai que estar á su voluntad.

8. Cesa el beneficio de la cuarta Falcidia: 1.° si el marido *relega* la dote de su mujer: en este caso nada detrae el heredero de la dote, pues debe entregarla íntegra. 2.° En el testamento militar, §. 4. tít. 11. 3.° En las cosas prohibidas enajenar por el testador, debiendo recibirla el heredero con este gravámen. 4.° Si el heredero se versa con dolo en la herencia, pues no constando de su valor, no puede computarse la cuarta parte. 5.° En los legados dejados *ad pias causas*. 6.° En los de libertad, pues no reciben estimacion. 7.° Si el testador prohibe sacar la cuarta Falcidia (1). 8.° Si el heredero, ó por error de derecho, ó voluntariamente paga todos los legados. 9.° Si el heredero procura con dolo no prospere el legado; pues las leyes jamas favorecen al dolo. 10.° Si el heredero no forma inventario. No puede prorratearse la cuarta mediante á no constar del valor de la herencia.

9. Queda por esplicar lo que en lo dicho se manda por nuestras leyes. Por derecho de las

(1) *Este modo, contra el objeto de la lei, estableció Justiniano.*

Partidas se establece la cuarta Falcidia en los mismos términos que lo dispuso el derecho romano (1).

TITULO XXIII.

De las herencias fideicomisarias i del senado-consulto Trebeliano.

§. 1.º Definicion del *fideicomiso*.
§. 2.º i 3.º Partes en que se divide.
§. 4.º i 5.º Quienes pueden dejarlos: en qué clase de instrumentos.
§. 6.º Oríjen del fideicomiso.
§. 7.º i 8.º Se establece el senado-consulto *Trebeliano*.
§. 9.º Cuando se celebró el *Pegasiano*.
§. 10.º Diferencia entre el *Trebeliano* i el *Pegasiano*.
§. 11.º Ordenanza de Justiniano.
§. 12.º Diferencias entre el Trebeliano i la Falcidia.
§. 13.º Casos en que no tiene lugar.
§. 14.º Derecho Español.

1. Espuestas las dos especies de últimas voluntades, cuales son la herencia i los legados, resta hablar del *fideicomiso*, que es *lo que se de-*

(1) *Sala tomo* 1. *lib.* 2. *tit.* 6. *nn.* 25. *i* 26.

ja con palabras precativas ú oblicuas : las herencias i legados se dejaban con palabras directas é imperativas. Los fideicomisos fueron inventados en fraude de las leyes; á los que no podian dejar por herederos ó legatarios hacian pasar la herencia ó legado por modo de fideicomiso.

2. Este se divide en *universal* i *singular*. Universal es, cuando á alguno se le deja toda la herencia ó parte de ella por modo de fideicomiso. Singular, cuando se dejan cosas particulares como el jénero, especie ó cantidad por el mismo modo. En los universales se necesitan siempre tres personas; la que establecia el fideicomiso que se llama *fideicomitente*: la que se dejaba por heredero con el cargo de restituir la herencia, i se llama heredero *fiduciario*, porque coloca el testador su confianza en su fe, i la que se restituye la herencia que es *heredero fideicomisario*. En rigor de derecho, no pasan á él los derechos del difunto, sino solo recibe la herencia i cosas hereditarias.

3. El fideicomiso es tambien *espreso* i *tácito*. Espreso *cuando con palabras claras i terminantes, se ordena á alguno restituya la herencia ó parte de ella á la persona que se le señala* : v. g. Cayo ruega á César restituya á Sevo la herencia que le deja. Tacita cuando no se hace merito de la restitucion mas se colije de las palabras del testador : v. g. Sea Ticio mi heredero, i le mando no haga testamento : es lo mismo que si dijese, ruego a Ticio restituya la herencia á sus proesimos agnados. De este modo se constituyen por lo regular los fideicomisos de las ilustres familias,

con el fin de que permanezcan los bienes en la propia familia. Si se estableció de modo que el mas anciano de ella ha de poseerlos, se llama *senorato*. Si con el órden que se observa en las herencias intestadas, de suerte que el hermano mayor ha de ser preferido á los demas hermanos, se llama *mayorazgo*. (1)

4. Podian dejar fideicomisos todos los que hacian testamento, i podian imponerse á todo el que recibia la herencia ó parte de ella por título de institucion honorable. Ninguno puede ser grado en mas que lo que se le deja. Será un absurdo el que se imponga, al que no ha sido instituido mas que en el *triens*, restituya á Cayo *toda la herencia*. Se puede hacer de modo que al fideicomisario se le ruegue restituya á otro, i este á otro &c: v. g. sea Ticio mi heredero; i le ruego restituya la herencia á César: César restituya la misma á Cayo: Cayo á Seyo &c. Se puede dejar por fideicomiso á todo el que tiene testamentifaccion pasiva, ó lo que es lo mismo, á todo el que se puede dejar por heredero. De aquí si se mandása restituir la herencia á un colejio ilícito, sería de ningun valor, porque no se puede instituir á colejio ilícito.

5. El fideicomiso puede dejarse en testamento, ó en codicilo, porque el fideicomisario en rigor de derecho no es heredero. De lo que se deduce que el fideicomiso no quiere otra solemnidad

(1) *Véase á Sala tomo* 1. tít. de los mayorazgos.

que la presencia de 5 testigos. Algunas veces nó hai necesidad de testigos cuando el testador ruega al heredero fiduciario en persona, restituya la herencia al que le señala. Si el heredero niega despues se le ha impuesto este gravamen, se le puede deferir juramento. Es lícito dejar aquel puramente, bajo condicion, en dia, desde cierto dia &c, habiendo gran diferencia entre la herencia dejada de esta suerte, i el fideicomiso. Aquella no puede dejarse desde cierto dia, ó hasta cierto dia §. 15 *tít.* 14; sí el fideicomiso. La razon de diferencia consiste en que ninguno podia morir parte testado, parte sin testamento, i esto sucederia si dejáran la herencia hasta cierto dia, lo que no se verificaría si el fideicomiso se dejase hasta cierto dia.

6. En un principio el heredero no tenia obligacion de entregar la herencia al fideicomisario, pues el testador la dejaba á su buena fé, de suerte que si era hombre pundonoroso cumplia con la voluntad del testador; mas si la codicia lo dominaba, impunemente se quedaba con la herencia. Empero habiendo sido *Augusto* rogado por un tal L. Léntulo restituyera la herencia en que lo instituia á su hija, observó la voluntad del testador, i mando que cada año inspecsionase un cónsul los fideicomisos. Despues fué cedido á los majistrados este conocimiento. *Claudio* creó dos pretores cuyas funciones eran ecsaminar los fideicomisos que ecsedieran de cierta suma. En las provincias tenian la inspeccion sus presidentes.

7. Aunque Augusto trató acertar en la espresada disposicion, no obstante suscitó un mal, cual

fué quedarse casi siempre destituidos los testamentos. En efecto sucediendo el heredero al difunto en todos sus derechos, estaba obligado á pagar sus deudas. ¿Mas quién seria tan estólido que satisfaciera deudas sin reportar utilidad? Mas bien querian repudiar la herencia que retenerla para restituirla á otro con toda su utilidad, de consiguiente ni el heredero la recibia, ni el fideicomisario, sino se quedaba destituido el testamento muriendo el testador como *ab intestato*. Empero favoreciendo las leyes á los moribundos, se celebró en tiempo de *Neron* un senado-consulto que puso remedio á tanto mal, i fué el Trebeliano, año de la f. de R. 714, siendo cónsules Sept. L. Anneo Seneca, i Trebelio Mácsimo.

8. Por este senado-consulto se estableció. 1.ª Que si el heredero restituia la herencia, no pagara el solo las deudas, sino tambien el fideicomisario á prorrata. Si al heredero se le dejaba una parte, por ella era obligado, de suerte que si retenia la cuarta parte, pagaba la cuarta parte de las deudas, siendo cargo del fideicomisario el abono de las demas. De este modo debe entenderse el sanado-consulto Trebeliano.

9. Apesar de lo dicho, aun no se habia remediado todo el mal, pues aunque el heredero no cargaba con la obligacion de pagar todas las deudas, cuando no le quedaba utilidad, repudiaba por lo regular la herencia. Trató pues de conciliar ambos estremos el senado-consulto *Pegasiano*, celebrado en tiempo de *Vespasiano*, siendo cónsules Pegaso, i Pusio. Mandaba: 1.º fuese obligado el heredero á adir la herencia, i á res-

tituirla. 2.º Que si se le mandaba restituir toda la herencia, ó la mayor parte de ella, pudiera retener la cuarta parte, de suerte que no dejándosela libre, detrayera del fideicomiso lo que faltase á ejemplo de la *Falcidia.*

10. Por el Trebeliano tenia el heredero que restituir toda la herencia, mas no lucraba de ella cosa alguna. Por el Pegasiano lucraba, pero tenia que rastituir. Se atendia á si el heredero retenia la cuarta, ó si no la retenia. Si tomaba la cuarta parte, restituia la herencia por el senado-consulto Trebeliano, teniendo que pagar entre él, i el fideicomisario: si no tenia salva la cuarta parte, la detraia por el senado-consulto Pegasiano, pues estaba obligado á pagar todas las deudas, á no ser qne interviniera estipulacion entre el heredero fideicomisario, para pagar á proporcion de lo que tomaba.

11. Justiniano, toda la fuerza del senado consulto Pegasiano traspasó al Trebeliano. Determinó que por este senado-consulto se restituyera la herencia, se retuviese la cuarta, se comunicasen las acciones; fuese obligado el heredero á adir la herencia, i pasaran las acciones al fideicomisario, i que la cuarta que detraia el heredero se llamase Trebeliana. De esta mezcla resultó: 1.º que al fiduciario le era lícito detraer la cuarta, si no se le dajaba salva; i si pagaba con error, repetir por la condicion *indebiti solutio.*

12. Hemos dicho que fué inventada á ejemplo de la Falcidia. Sinembargo entre ella i la Trebelianica hai gran diferencia. En efecto; aquella se detraia de los legatarios i fideicomisa-

rios singulares; esta solo de los fideicomisarios universales. En aquella no se imputaba nada mas que lo que los herederos recibian por título honorable de la institucion; en esta, todo lo que percibe el heredero por cualquier título, aun los frutos. Ademas aquella cuarta detrae el heredero fiduciario, i no el fideicomisario, si se le manda restituir á otro. Si se le deja á Cayo, p. e. una herencia de veinte mil duros, i se le manda la restituya a Ticio, i á este que á Mevio; Cayo detrae cinco mil duros, i restituye quince mil. Ticio debe restituir todos los quince mil i no retener ni dos cuartos sino entregar todo á Mevio.

13. No hai detraccion. 1.° En el testamento militar, porque la voluntad de estos de cualquier modo que se esplique, debe observarse. 2.° Si el testador prohibe se saque aquella (1). 3.° Si el heredero por ignorancia restituye toda la herencia. Aunque en otras ocasiones se puede repetir lo que indevidamente se paga; sinembargo no procede cuando se paga por error de derecho, sino cuando hai error de hecho. Por esta razon el que restituye toda la herencia ignorando ecsiste el S. C. Trebeliano, no puede repetir lo que pague con este error. Mas el que restituye toda la herencia creyendo que el testador era; p. e., militar, no siéndolo; puede repetir el drodante. 4.° Si no

(1) *Justiniano contra el espíritu de la lei introdujo esta novedad. pues no estando establecida la cuarta Falcidia i Trebeliánica en favor del testador, no podian renunciar un privilejio que no á ellos, sino á un tercero estaba concedido.*

hiciese inventario. 5.º Si ya ha tomado anticipadamente esta cuarta. 6.º Si obligado áde la herencia

14. Por derecho de España se conocen *fideicomisos*, i está vijente la cuarta *Trebeliana*. El heredero *fiduciario* tiene derecho de retener la cuarta parte de la herencia, debiendo imputar en ella las cosas que el testador le hubiera mandado si las hubo. Si los frutos que tomó de la herencia mientras la tuvo importasen tanto como la cuarta, no debe tomar cosa ninguna de la herencia, sino entregarla entera: si montasen menos, los tendrá á cuenta de la cuarta, i tomará de la herencia la que le faltáre para completarla. Si los frutos valiesen mas que la cuarta, se quedará con todos ellos, en lugar de aquella, si el testador señaló dia en que hubiere de restituir la herencia, i él cumplió el plazo. Pero si el testador no señaló dia cierto, i aquel á quien debia restituirse la herencia fué neglijente en pedirla sabiéndolo, tendrá el heredero los frutos sin contarlos en la cuarta. Si el heredero estuvo en mora, cuanto quiera que valgan mas los frutos que la cuarta que debe haber, será obligado á darlos con la herencia. El hijo no podrá sacar á un mismo tiempo la lejítima i cuarta Trebeliánica. La diferencia que habia entre el que adia la herencia por su voluntad, ó la admitia por premia, no tiene lugar en el dia en que cesa la precision de obligar al heredero admita la herencia, pues el sustituto la áde desechándola aquel (1).

(1) *Sala tom.* 1.º *lib.* 2. *tit.* 6. *n.* 27. *i* 28.

TITULO XXIV.

De las cosas particulares dejadas por fideicomiso.

§. 1.° i 2.° Diferencia entre el fideicomiso i el legado.
§. 3.° Derecho de España.

1. Hemos tratado de los *fideicomisos universales*; pasemos á los *singulares*, de los que hablaremos mui sucintamente. En el §. 11. tít. 23. insinuamos que Justiniano igualó á estos con los legado, no habiendo despues diferencia entre unos i otros en cuanto á sus efectos. Así, pues, todo lo que notamos acerca de los legados tiene lugar en los fideicomisos singulares.

2. Aun cuando por derecho ya no hai diferencia entre unos i otros, se admite no obstante la siguiente disparidad. 1.° En las *palabras*; pues los legados se dejan con espresiones imperativas, i los fideicomisos con ruego. 2.° *En el modo de fideicomitir*. Los legados no pueden dejarse sin la presencía de 5 testigos; en los fideicomisos no se requieren. Es suficiente ruegue el testador al heredero restituya la herencia á la persona que le demuestra. Si el heredero niega se le haya dejado con este gravámen, se le puede deferir juramento, i si se perjura no hai mas que sufrir. Dice el Apóstol que el juramento es el fin de todo juicio.

3. Por nuestro derecho pátrio casi todo lo

referido está en uso, como puede verse en *Sala tomo* 1.º *tit.* 6. *lib.* 2. *n.* 28.

TITULO XXV.

De los codicilos.

§. 1.º 2.º 3.º Orijen i definicion del codicilo.
§. 4.º Sus varias clases.
§. 5.º Reglas que se observan.
§. 6.º No ecsijen solemnidad.
§. 7.º Que se entienda por cláusula *codicilar.*
§. 8.º Derecho español.

1. Resta solo esplicar los *codicilos*, que es lo mismo que *carta* segun los llama *Ciceron.* El orijen de ellos fué los rescriptos ó epístolas de los Emperadores. Notamos que estas cartas no son como las que se escriben á los ausentes, sino como á los que habitan en un mismo lugar, i solemos llamar *esquela ó billete*,

2. Ademas del orijen indicado procedieron tambien de los testadores que escribian ciertas instrucciones á sus herederos queriendo hicieran lo que en ellas insinuaban: Los escribian en forma de epístola, usando de las misma fórmula: v. g. *Lucio Ticio saluda á su heredero.* No obligando una simple carta á practicar lo que en ella se encarga, estaba en la voluntad de los herederos hacer ú omitir lo que se le encargaba por el codicilo, hasta el reinado de Augusto, que dis-

puso valieran lo mismo que los fideicomisos.

3. Es, pues, codicilo *la voluntad menos solemne de los testadores, ó de los que mueren sin hacer testamento*. Este i los codicilos convienen en que unos i otros son la voluntad del finado, mas se diferencian. 1.º En que el testamento es la última voluntad *justa* i *solemne*: el codicilo *menos solemne*. 2.º Que el que hace testamento impide puedan suceder los herederos *ab intestato*; por el codicilo bien pueden, pues no hai dificultad en hacerlo, ya muera con testamento, ya sin él. 3.º Que en el testamento su cabeza, fundamento i sustancia es la institucion de heredero: en los codicilos no puede instituirse heredero, sino solo legatarios i fideicomisarios.

4. Los codicilos pueden ser *escritos*, que se reducen á escritura i *nuncupativos*. que son los que se profieren de viva voz. Aun cuando los codicilos son epistolas, i muchas veces se advierten contradicciones en los recados que se dan, con todo, por cuanto la division de los codicilos está tomada de los testamentos, asi son igualmente *escritos* ó *nuncupativos*. Los codicilos pueden hacerse ora muera con *testamento*, ora *sin testamento*; los primeros se llaman *codicilos confirmados por el testamento*, ya preceda el testamento al codicilo ya éste al testamento. Nada importa que no se haga mencion de ellos en el testamento. *Papiniano* dice que el testamento hecho antes que el codicilo, no debe estar en contra de éste.

5. Por le que respecta al orden de los codicilos, se advierte no pueden hacerlo: 1.º los que

no pueden hacer testamento. El codicilo no es otra cosa que un testamento menos solemne. 2.º En los codicilos no es lícito instituir herederos. La institucion es un acto solemne, i sin solemnidad no puede practicarse. En el codicilo no se puede desheredar ni sustituir, solo lo que puede hacerse es legar, fideicomitir, donar *mortis causa*; i en codicilo confirmado por testamento se puede nombrar tutor, i en este caso debe confirmarse por el majistrado. No hai dificultad en hacer muchos codicilos con tal que no se contradiga uno á otro. Todo lo contrario se observa en los testamentos, porque ningun paisano puede morir con dos testamentos, rompiendo el posterior al anterior, §. 11. tít. 10.: mas como en los codicilos no se dispone de todos los bienes, pueden hacerse varios, ordenando unas cosas en unos, i otras en otros.

6. En los codicilos no se requieren solemnidades, si solo para prueba que se hagan ante cinco testigos; i si es ciego el que lo otorga, se añade un testigo mas. No es necesario sean rogados, i aun las mujeres pueden en ellos ser testigos. En los testamentos dijimos que no podian ser testigos los herederos, i si los legatarios, §. 20. tít. 10. En los codicilos es por el contrario, pues el heredero, i no el legatario, se admite para testigo. Es la razon porque el testamento es un asunto que se trata entre el testador i el heredero, teniéndose por una sola persona con aquel, i ninguno puede ser testigo en causa propia. La misma razon milita en los codicilos, asunto que se trata con los legatarios, i no con el heredero.

7. *La cláusula codicilar* suele ponerse en el testamento, diciendo el testador: *si mi voluntad no valiere como testamento, valga como codicilo* (1). Creen hai bastante con esta cláusula para que obligue el testamento; mas se equivocan los que asi opinan. No valdrá: 1.º por defecto de las solemnidades internas, v. g., si no ha nombrado heredero: 2.º Por defecto de voluntad, v. g., si el testador es obligado á testar, ó si no estuviese en su sano juicio, en cuyos casos nada aprovechará semejante cláusula. 3.º Por defecto de la adicion: repudiada la herencia, el testamento queda destituido, aun cuando le añadan mil cláusulas tendrá sí valor, asistiendo cinco testigos, i observándose las demas solemnidades esplicadas.

8. La lei 1. tít. 12. P. 6. dice que codicilo es una *escritura breve*, que hacen algunos omes, despues que son fechos sus testamentos ó antes. Surten todos los efectos que dejamos esplicado, i en un todo la doctrina de esta lei es la misma que queda espuesta. No se rompe por otro posterior, como no aparezca querer quien lo hizo no valiese el primero; ni por haber despues nacido hijo al que lo otorgó, á diferencia del testamento, en que sucede todo lo contrario, i bien puede uno morir solo con codicilo, i sin ningun testamento (2).

(1) *En la lei* 41. §. 3. *de vulg. et pupill. subst. se añade* valga como legado, fideicomiso, donacion mortis causa, ó como de cualquiera modo pueda valer, *lo que es superfluo.*

(2) *Sala tomo* 1. *tít.* 6. *lib.* 2. *n.* 29.

INDICE.

SE ADMITEN SUSCRICIONES EN L[illegible]

LIBRERIAS SIGUIENTES

Alcalá de Henares	*Amigo.*	Madrid.....	*Razola*
Antequera..	*Galindo*	Málaga.....	*[illegible]*
Badajoz....	*Carrillo.*	Mallorca....	*[illegible]*
Barcelona...	*Piferrer.*	Murcia.....	*Benedi[illegible]*
Bilbao.....	*García.*	Oñate.......	
Burgos.....	*[illegible]nueva.*	Orduña......	*Baran[illegible]*
Cáceres.....	*[illegible]*	Oviedo.	*Longoria i [illegible]*
Cádiz......	*Hertel.*	Pamplona...	*Long[illegible]*
Canarias...	*[illegible]*	Salamanca..	*Blanco.*
Cartajena...	*Benedicto*	S. Fernando	*Segovi[illegible]*
Cervera....	*[illegible]*	S. Sebastian	*Bar[illegible]*
Córdoba....	*[illegible]*	Santiago....	*Rey Ro[illegible]*
Coruña.....	*[illegible]*	Sevilla.....	*Caro ([illegible]*
Écija.......	*[illegible]*	Tarragona..	*[illegible]*
Ferrol.	*Saenz de Tejada.*	Toledo.....	*Hernan[illegible]*
Granada....	*[illegible]*	Valencia....	*Cabreri[illegible]*
Habana....	*[illegible]*	Valladolid..	*Roldan.*
Huesca.....		Vitoria.....	*Barri[illegible]*
Jerez de la F.	*Portillo*	Zaragoza....	*Pardo.*

[illegible]

El precio de cada tomo para los Sres. suscri[illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible]

[illegible] se pondrá la lista de [illegible] Sres. suscritores.





RECITACIONES DEL DERECHO CIVIL ROMANO T. II


colorchecker CLASSIC
calibrite
mm